

UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA

ESCUELA DE POSGRADO



UNIDAD DE POSGRADO DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

PROGRAMA DE MAESTRÍA EN CIENCIAS

TESIS:

MEDIOS DE DEFENSA UTILIZADOS POR LAS FUERZAS ARMADAS Y LA POLICÍA NACIONAL COMO PARTE DEL DERECHO PENAL SIMBÓLICO

Para optar el Grado Académico de

MAESTRO EN CIENCIAS

MENCIÓN: DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA

Presentada por:

Bachiller: BRUCE EUGENIO MUÑOZ OYARCE

Asesor:

M.Cs. RICARDO EUSTAQUIO SÁENZ PASCUAL

Cajamarca – Perú

2021

COPYRIGHT © 2021 by
BRUCE EUGENIO MUÑOZ OYARCE
Todos los derechos reservados

UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA

ESCUELA DE POSGRADO



UNIDAD DE POSGRADO DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

PROGRAMA DE MAESTRÍA EN CIENCIAS

TESIS APROBADA:

MEDIOS DE DEFENSA UTILIZADOS POR LAS FUERZAS ARMADAS Y LA POLICÍA NACIONAL COMO PARTE DEL DERECHO PENAL SIMBÓLICO

Para optar el Grado Académico de

MAESTRO EN CIENCIAS

MENCIÓN: DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA

Presentada por:

Bachiller: BRUCE EUGENIO MUÑOZ OYARCE

JURADO EVALUADOR

M.Cs. Ricardo Eustaquio Sáenz Pascual
Asesor

Dra. María Isabel Pimentel Tello
Jurado Evaluador

Dr. Juan Carlos Tello Villanueva
Jurado Evaluador

Dr. Omar Nathanael Álvarez Villanueva
Jurado Evaluador

Cajamarca – Perú

2021



PROGRAMA DE MAESTRÍA EN CIENCIAS

ACTA DE SUSTENTACIÓN VIRTUAL DE TESIS

Siendo las diecisiete horas con diez minutos del día 17 de mayo de Dos mil veintiuno, reunidos a través de meet.google.com/kph-wext-ghf, creado por la Unidad de Posgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, de la Universidad Nacional de Cajamarca, el Jurado Evaluador presidido por la **Dra. MARÍA ISABEL PIMENTEL TELLO**, **Dr. JUAN CARLOS TELLO VILLANUEVA**, **Dr. OMAR NATHANAEL ÁLVAREZ VILLANUEVA**, y en calidad de Asesor el **M. Cs. RICARDO EUSTAQUIO SAÉNZ PASCUAL**. Actuando de conformidad con el Reglamento Interno, y la Directiva para la Sustentación de Proyectos de Tesis, Seminarios de Tesis, Sustentación de Tesis y Actualización de Marco Teórico de los Programas de Maestría y Doctorado, se dio inicio a la Sustentación de la Tesis titulada: **MEDIOS DE DEFENSA UTILIZADOS POR LAS FUERZAS ARMADAS Y LA POLICÍA NACIONAL COMO PARTE DEL DERECHO PENAL SIMBÓLICO**, presentada por el **Bach. en Derecho BRUCE EUGENIO MUÑOZ OYARCE**.

Realizada la exposición de la Tesis y absueltas las preguntas formuladas por el Jurado Evaluador, y luego de la deliberación, se acordó **APROBAR** con la calificación de **DIECISÉIS** la mencionada Tesis; en tal virtud, el **Bach. en Derecho BRUCE EUGENIO MUÑOZ OYARCE**, está apto para recibir en ceremonia especial el Diploma que lo acredita como **MAESTRO EN CIENCIAS**, de la Unidad de Posgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, con Mención en **DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA**.

Siendo las dieciocho y treinta y dos horas del mismo día, se dio por concluido el acto.

.....
M. Cs. Ricardo Eustaquio Saénz Pascual
Asesor

.....
Dra. María Isabel Pimentel Tello
Jurado Evaluador

.....
Dr. Juan Carlos Tello Villanueva
Jurado Evaluador

.....
Dr. Omar Nathanael Álvarez Villanueva
Jurado Evaluador

A: Julia Zapata, a quien le debo su cariño y bendiciones por siempre.

AGRADECIMIENTO

Hago extensivo mi agradecimiento al M.Cs. Ricardo Sáenz Pascual, por la asesoría brindada en el desarrollo de la presente investigación; la que sin duda alguna repercutirá en el beneficio de un mejor desarrollo académico.

No hay hermosas superficies
sin terribles profundidades (...)

- Friedrich Nietzsche -

Hay una fuerza motriz más poderosa que
el vapor, la electricidad y la energía atómica:

la voluntad (...)

- Albert Einstein -

ÍNDICE

LISTA DE ABREVIACIONES	xi
GLOSARIO	xii
RESUMEN	xiv
ABSTRACT	xvi
INTRODUCCIÓN	xviii
CAPÍTULO I	1
ASPECTOS METODOLÓGICOS	1
1.1. Contextualización.....	1
1.1.1. Planteamiento del problema de investigación.....	3
1.1.2. Formulación del problema de investigación.....	4
1.1.3. Justificación de la investigación.....	5
1.1.4. Limitaciones.....	6
1.1.5. Delimitación de la investigación.....	7
1.2. HIPÓTESIS.....	7
1.3. OBJETIVOS.....	7
1.3.1. General.....	7
1.3.2. Específicos.....	7
1.4. DISEÑO DE CONTRASTACIÓN.....	8
1.5. UNIDAD DE ANÁLISIS.....	8
1.6. UNIVERSO Y MUESTRA.....	9
1.7. TIPO DE INVESTIGACIÓN.....	9
1.8. ENFOQUE DE LA INVESTIGACIÓN.....	10

1.9. MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN.....	10
1.10. TÉCNICAS	11
1.11. INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS.....	12
1.12. DEFINICIÓN DE TÉRMINOS BÁSICOS	12
CAPÍTULO II	13
MARCO TEÓRICO	13
2.1. Derecho penal simbólico.....	13
2.1.1. Concepto del Derecho penal simbólico.....	15
2.1.2. Clasificación de las normas que responden a un derecho penal simbólico	17
2.1.3. Control social	20
2.2. ASPECTO POLÍTICO CRIMINAL	25
2.3. TEORIA DEL DELITO.....	28
2.2.1. Tipo y tipicidad	31
2.2.2. Tipicidad objetiva	33
2.2.3. Tipicidad Subjetiva	39
2.2.4. Imputación objetiva	43
2.2.5. Antijuridicidad.....	47
2.2.6. Culpabilidad	87
2.2.7. Fuerzas Armadas y Policía Nacional	88
2.2.7.1. Antecedentes históricos	89
2.2.7.2. El aspecto militar en el siglo XXI	92
2.2.7.3. La misión de las Fuerzas Armadas	97
2.2.7.4. Sistema de Defensa Nacional.....	98
2.2.8. Análisis de casos	102

2.2.8.1. Caso Fidel Flores Vásquez (desalojo)	102
2.2.8.1.1. Hechos Materia de imputación (Primera Instancia).....	102
2.2.8.1.2. Juicio de subsunción	104
2.2.8.1.3. Parte resolutive:	105
2.2.8.1.4. Hechos materia de análisis (Segunda Instancia)	105
2.2.8.2. Análisis del expediente N° 00423-2019-0-1504-JR-PE-02	107
2.2.8.2.1. Hechos materia de imputación.....	107
2.2.8.2.2. Dentro de los elementos de convicción.....	108
2.2.9. Legislación comparada	108
2.2.9.1. Estados Unidos de América.....	108
2.2.9.2. Chile.....	113
2.2.9.3. Argentina.....	130
2.2.10. Aumento de criminalidad según las cifras estadísticas del INEI ..	132
CAPÍTULO III	139
CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS	139
CAPÍTULO IV	160
PROPUESTA	160
CAPÍTULO V	164
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	164
5.1. CONCLUSIONES.....	164
5.2. RECOMENDACIONES	165
LISTA DE REFERENCIAS	166

LISTA DE ABREVIACIONES

Art. : Artículo

CP : Código Penal

CNDH: Coordinadora Nacional de Derechos Humanos

Exp. : Expediente

FA : Fuerzas Armadas

INEI : Instituto Nacional de Estadística e Informática

N.º : Número

MP : Ministerio Público

PNP : Policía Nacional del Perú

GLOSARIO

- a. **Arma.** Es un instrumento o herramienta que permite atacar o defenderse, por lo general, el término hace referencia al aspecto físico, ya que un arma puede lastimar físicamente o hasta matar a otra persona. Sin embargo, en un sentido figurado, muchas veces se utiliza la noción de arma para hacer referencia a las agresiones verbales
- b. **Estado.** Comunidad social con una organización política común, un territorio y órganos de gobierno propios que es soberano e independiente políticamente de otras comunidades.
- c. **Símbolo.** Signo que establece una relación de identidad, generalmente, a la que evoca o representa.
- d. **Fuerzas Armadas.** Las fuerzas armadas tienen como misión fundamental la defensa de la soberanía y la integridad territorial. Suelen dividirse en ramas, servicios armados separados que agrupan los recursos militares empleados por dicho estado en tierra, mar y aire.
- e. **Policía Nacional del Perú.** Es la fuerza y cuerpo de seguridad del Estado peruano dependiente del Ministerio del Interior. Se encarga del cumplimiento de las leyes y la seguridad del patrimonio público y privado del país.
- f. **Criminalidad.** La palabra criminalidad procede del latín, siendo fruto de dos componentes claramente delimitados, estos son: el sustantivo “crimen”, que viene a hacer mención al resultado de una acción delictiva que debe ser llevada a juicio y del sufijo “alis”, que se utiliza para indicar “relativo a”, es así que el concepto puede usarse de diversas maneras, siempre vinculado al crimen esto es un delito de gravedad o una acción voluntaria que se realiza con la intención de herir gravemente o asesinar a alguien.

g. **Delincuencia.** Del latín delinquentia, es la cualidad de delincuente o la acción de delinquir. El delincuente es quien delinque; es decir, quien comete delito (un quebrantamiento a la ley).

h. **Penas.** La pena está determinada por toda acción típica, antijurídica y culpable

RESUMEN

En la presente investigación se analizó la incorporación del inciso 11 al artículo 20 del Código Penal que facultan a las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional del Perú en ejercicio de sus funciones y cumplimiento de un deber, puedan causar lesiones o muerte.

La incorporación se realizó con la finalidad de combatir la delincuencia y el crimen organizado; sin embargo, al revisar las estadísticas presentadas por INEI se puede evidenciar que la finalidad perseguida no se ha cumplido hasta la realización de la presente investigación, otorgando así el adjetivo de incorporación del inciso 11 al artículo 20 del Código Penal derecho penal simbólico, entendiendo que la criminalidad y delincuencia no se puede combatir incorporando facultades atentatorias a los Derechos Humanos a las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional.

Asimismo, se analizaron dos casos emblemáticos en los cuales se evidencia los requisitos que se deben cumplir para la aplicación del inciso 11 del artículo 20 del Código Penal, tal es el caso del expediente N.º 1636-2014-8-0601-JR-PE-04.

En la investigación realizada se contrastó las hipótesis las mismas que han sido el mensaje valorativo transmitido a la sociedad a raíz de la incorporación de normas penales sin el estudio político criminal correspondiente y la falta de fortaleza en relación con la necesidad de control social, entendiendo que el derecho penal cumple una función de control social formal. Obteniendo como resultado que la incorporación del inciso 11 al artículo 20 del Código Penal no ha logrado disminuir la criminalidad.

Por último, se ha llegado a la conclusión que lo estipulado en el artículo 20 inciso 11 del Código Penal, responde a las características de un derecho penal simbólico, incorporándose sin ningún estudio político criminal.

Palabras Clave: Derecho penal simbólico, causar lesiones o muerte, ejercicio de un derecho, cumplimiento de un deber.

ABSTRACT

In the present investigation, the incorporation of subsection 11 to article 20 of the Criminal Code that empowers the Armed Forces and the National Police of Peru in the exercise of their functions and performance of a duty, may cause injury or death, was analyzed.

The incorporation was made with the purpose of combating crime and organized crime; However, when reviewing the statistics presented by INEI, it can be evidenced that the purpose pursued has not been fulfilled until the present investigation was carried out, thus granting the adjective of incorporation of subsection 11 to article 20 of the Criminal Code symbolic criminal law, understanding that Criminality and crime cannot be combated by incorporating powers that threaten Human Rights into the Armed Forces and the National Police.

Likewise, two emblematic cases were analyzed in which the requirements that must be met for the application of subsection 11 of article 20 of the Criminal Code are evidenced, such as case file N.o 1636-2014-8-0601-JR-PE -04.

In the investigation carried out, the hypotheses were contrasted, which have been the evaluative message transmitted to society as a result of the incorporation of criminal norms without the corresponding criminal political study and the lack of strength in relation to the need for social control, understanding that Criminal law fulfills a function of formal social control. Obtaining as a result that the incorporation of subsection 11 to article 20 of the Criminal Code has not succeeded in reducing crime.

Finally, it has been concluded that what is stipulated in article 20 subsection 11 of the Criminal Code, responds to the characteristics of a symbolic criminal law, being incorporated without any criminal political study.

Keywords: Symbolic criminal law, cause injury or death, exercise of a right, fulfillment of a duty.

INTRODUCCIÓN

El Estado a través del Derecho Penal castiga con penas las conductas que no se adecuan al ordenamiento jurídico; la presente investigación se desarrolla a partir del método dogmático, y explica las causas que justifican la conducta antijurídica cuando el fin es causar lesiones o muerte por parte de las Fuerzas Armadas o la Policía Nacional, atendiendo a la implementación y posterior modificación del inciso 11 del artículo 20 del Código Penal.

La incorporación del inciso 11 al artículo 20 como una causa de justificar la conducta antijurídica viene respondiendo a un derecho penal simbólico, los apartados simbólicos transmiten a la población una sensación de seguridad, pues el fin es mostrar al ciudadano que se combate a la delincuencia y se mantiene el control social, para lo cual se emiten normas penales con el afán de disminuir la delincuencia.

La incorporación del inciso 11 es muestra de que no existe una política criminal seria, y el legislador reacciona por el acoso de la prensa y de la población, ya que el nacimiento del presente inciso tiene por objeto combatir la criminalidad organizada dando mayor facultad de intervenir a las Fuerzas Armadas y a la Policía Nacional.

Por esa razón se resuelve el tratamiento del derecho penal simbólico como una respuesta a tranquilizar a la sociedad, la investigación tiene como objetivo determinar si el inciso 11 incorporado y modificado en el artículo 20 soluciona un problema o es tan solo la determinación de un simbolismo para mesurar los ánimos sociales.

A partir del método inductivo y deductivo partimos de explicar de manera específica la temática planteada para luego determinar un concepto general, ampliando la investigación a determinar la historia que contienen las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional haciendo uso para ello del método histórico.

Tal es así, que en el capítulo I de la tesis desarrollada se elaboró los aspectos metodológicos, esto es la contextualización, planteamiento del problema, formulación del problema, hipótesis, objetivos, justificación, ámbito de investigación, tipo de investigación, método de investigación, técnica de investigación, instrumento de recopilación de la información, unidad de análisis, universo y muestra y definición de términos básicos.

En el capítulo II se desarrolló el marco teórico, teniendo para ello el estudio de la teoría del delito, el derecho penal simbólico, el control social, las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional, análisis de casos, legislación comparada y datos estadísticos provenientes del INEI que demostraron que las cifras de criminalidad han ido en aumento.

En el capítulo III se desarrolló la contrastación de las hipótesis de la investigación, teniendo como resultados que las cifras de criminalidad han ido en aumento a partir del año 2012, el INEI demuestra con cifras objetivas que la criminalidad se ha desarrollado con más fuerza en el territorio peruano, en muchos casos dejando sin efecto las políticas de lucha contra la delincuencia que se han implementado.

CAPÍTULO I

ASPECTOS METODOLÓGICOS

En el presente capítulo se han abordado los aspectos metodológicos de la investigación. Comenzando con el problema de investigación, planteando, formulando, justificando y delimitando el problema, así como el objeto de estudio, señalando sus limitaciones, luego se han formulado las respuestas tentativas iniciales, el diseño de contrastación de las hipótesis, la unidad de análisis; y, los métodos, técnicas e instrumentos que se han utilizado en la investigación.

1.1. CONTEXTUALIZACIÓN

El reproche se produce cuando el legislador se sirve ilegítimamente del derecho penal para producir efectos simbólicos en la sociedad, esto se ha convertido en un argumento frecuente en el debate político criminal, tanto así que su empleo sirve para descalificar tajantemente determinadas decisiones legislativas, generalmente criminalizadoras, que solo carecerían de los fundamentos materiales justificadores de su adopción, sino que además realizarían un uso ventajista del derecho penal para fines que no le son propios. Es así que en el marco de querer combatir la inseguridad ciudadana, la delincuencia y el crimen organizado, en el año 2007, mediante la Ley N.º 29009, por la cual el Congreso delegó facultades al Poder Ejecutivo para que legislara en pos de establecer una estrategia integral dirigida a combatir con mayor eficacia el crimen organizado en general y de manera especial los delitos de tráfico ilícito de drogas, lavado de activos, terrorismo, secuestro, extorsión, trata de personas, así como pandillaje

pernicioso¹, en el marco de dicha delegación de facultades se aprobaron once Decretos Legislativos, entre ellos el Decreto Legislativo N.º 982, que establecía la redacción actual del artículo 20 inciso 11 del Código Penal: “inimputabilidad, está exento de responsabilidad penal (...) 11. El personal de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, que en el cumplimiento de su deber y en el uso de sus armas en forma reglamentaria, causen lesiones o muerte” (Instituto de Defensa Legal, 2013).

La Defensoría del Pueblo determina, que este Decreto excedía las facultades legislativas que recibió el Ejecutivo y por lo tanto era inconstitucional por forma, el Tribunal Constitucional estableció que dicho inciso 11 del artículo 20 del Código Penal no es inconstitucional mediante la sentencia N.º 0012-2008; ya que, el mismo Tribunal aclara que una mala técnica legislativa no es causa para la inconstitucionalidad. En ese contexto, la bancada fujimorista Fuerza Popular presentó el 14 de setiembre de 2011, el proyecto de Ley N.º 196/2011 –CR, mediante el cual pretendía modificar el artículo 20 inciso 11 del Código Penal, para que efectivos de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional no sean sancionados en caso ocasionen muertes o heridos. Uno de los objetivos de dicho proyecto era expresamente “proteger a las fuerzas armadas y la policía nacional a fin de que no sientan temor de cumplir el mandato constitucional de mantener el orden interno”

¹ Definición tomada de la ley N° 29009 que otorga al Poder Ejecutivo facultades para legislar en materia de tráfico ilícito de drogas, lavado de activos, terrorismo, secuestro, extorsión, crimen organizado, trata de personas **y pandillaje pernicioso**; en el artículo primero de la citada ley, prescribe: objeto de la ley “delegase en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar en materia de tráfico ilícito de drogas, lavado de activos, terrorismo, secuestro, extorsión, trata de personas, crimen organizado y **pandillaje pernicioso**, por un plazo de 60 días (...)”

(Instituto de Defensa Legal, 2013, p. 03) aunque supuestamente se reconocía que esto se debía hacer en el marco de los Derechos Humanos.

Dicha propuesta ha sido aprobada, con algunas modificatorias por el pleno del Congreso el 12 de junio de 2013 con el respaldo de casi 80 parlamentarios, teniendo en cuenta para ello que el artículo 20 inciso 11 del Código Penal antes de su modificatoria prescribía lo siguiente: “el personal de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, que en el cumplimiento de su deber y uso de sus armas en forma reglamentaria, causen lesiones o muerte”; como lo podremos ver la modificatoria aprobada presenta dos problemas: *primero la eliminación del uso de sus armas en forma reglamentaria y la segunda a la aplicación de cualquier arma que pueda ser utilizada, ello se incorpora con lo prescrito “uso de armas u otros medios de defensa”* (Instituto de Defensa Legal, 2013, p. 03). Es así que el día lunes 13 de enero de 2014 se publica en el Diario Oficial el peruano la ley 30151, ley que modifica el inciso 11 del artículo 20 del Código Penal, referido al uso de armas u otro medio de defensa por personal de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional del Perú. Esto invita al análisis sobre el papel que los efectos denominados simbólicos desempeñan o han desempeñado en el derecho en general y en derecho penal en particular.

1.1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

La tesis desarrollada encuentra los fundamentos por los cuales la modificatoria del artículo 20 inciso 11 del Código Penal, responde a un derecho penal simbólico, atendiendo que el Estado en su labor de querer combatir la criminalidad omite un estudio político criminal con

en el afán de querer dar respuesta inmediata a la sociedad; y, para tranquilizarla utiliza el derecho penal. Esta afirmación lleva consigo implícito el mensaje de un derecho penal simbólico, puesto que se utiliza una causa de justificación para querer otorgarle mayores facultades a las Fuerzas del Orden, olvidando que la criminalidad no se extinguirá con normas que no responden a la realidad y sobre todo atentatorias a los Derechos Humanos.

La modificatoria viene ser contraproducente al querer lograr el objetivo de fortalecer la labor policial y militar en la lucha contra la delincuencia, el resguardo del orden público y la defensa de la seguridad nacional, al contrario, la modificatoria atenta contra la protección del derecho a la vida y a la integridad personal de la ciudadanía.

En este contexto nos formulamos la siguiente interrogante:

1.1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

¿Cuáles son las razones jurídicas por las que el uso de armas y otros medios de defensa utilizadas por las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional reguladas como causas de justificación responden a un derecho penal simbólico?

1.1.3. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

A. Justificación científica

El aporte teórico de nuestra investigación es contribuir a la dogmática jurídico penal de la parte general del Derecho penal; esto es, que la determinación de la naturaleza jurídica de la antijuridicidad a respaldado la incorporación y posteriores modificatorias del inciso 11 al artículo 20 del Código penal, al regular el uso de armas u otros medios de defensa por parte de la Fuerzas Armadas y la Policía Nacional del Perú enmarcadas dentro de las causas de justificación que en post de salvaguardar la tranquilidad social y el orden público, han tratado de transmitir un mensaje de lucha contra la criminalidad organizada, otorgando mayores facultades de realizar sus labores a las FA y la PNP; los efectos que esta incorporación han producido ha sido incapaz de proteger bienes jurídicos a través de la prevención del comportamiento.

B. Justificación técnica–práctica

La relevancia de resolver el problema objeto de estudio, se manifiesta en su incidencia práctica en la derogación del art. 5 de la ley N.º 31012² referido al uso de armas u otros medios de defensa por personal de la PNP y FA, que modificó el inciso 11 del Art. 20 del CP.

² Ley de protección policial.

Lo que tendrá un efecto práctico en los operadores de justicia, en la persecución del delito por parte del MP³, y la conservación del bien jurídico vida y salud.

C. Justificación de actualidad y vigencia del problema

El problema se mantiene vigente, tal es así, que la Defensoría del Pueblo y otras organizaciones de la sociedad civil, han dado cuenta que la creciente presencia de conflictos socio ambiental, han generado muertes en los diferentes periodos de gobierno. Así, en el informe del año 2014 – 2015 elaborado por la CNDH se ha destacado que, durante los tres últimos periodos presidenciales, 142 civiles perdieron la vida a manos de las fuerzas del orden en contextos de protesta social, y en el gobierno de Ollanta Humala Tasso, 45 civiles han muerto a manos de agentes del orden en situaciones de este tipo. Se ha informado que aun cuando las víctimas han sido hombres adultos, también hay mujeres (8%) y niños (10%) entre los fallecidos⁴.

1.1.4. LIMITACIONES

No existieron limitaciones para el desarrollo de la presente investigación, entiéndase que las limitaciones están referidas a la investigación y no al investigador.

³ Entiéndase que la persecución criminal en los supuestos de las FF.AA y la PNP, se llevan a cabo en el fuero militar especial, teniendo para esto un fiscal militar quien es el encargado de la investigación penal.

⁴ Datos extraídos del pronunciamiento hecho por la Defensoría del Pueblo con relación a la entrada en vigencia de la ley 30151, la misma que incorporó al art. 20 el inciso 11 al CP, dando facultades de causar lesiones o muerte a la PNP y FA.

1.1.5. DELIMITACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

En el espacio el alcance de la investigación desarrollada es nacional, como se evidencia, los resultados no se limitan a nuestro ámbito local. Temporalmente, engloba desde la entrada en vigencia de la Ley N.º 31012; ya que, ésta modifica el artículo 20 del Código penal y otorga facultades a las FF.AA y PNP para causar lesiones o muerte.

1.2. HIPÓTESIS

Las razones jurídicas por las que el uso de armas y otros medios de defensa utilizadas por las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional reguladas como causas de justificación responden a un derecho penal simbólico son: la falta de relación con la necesidad de control social; y, el mensaje valorativo que este trasmite a la sociedad

1.3. OBJETIVOS

1.3.1. GENERAL

Determinar las razones jurídicas por las que el uso de armas y otros medios de defensa utilizadas por las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional reguladas como causas de justificación responden a un derecho penal simbólico.

1.3.2. ESPECÍFICOS

A. Explicar el alcance del uso de armas y otros medios de defensa por parte de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional.

- B. Explicar los alcances de las causas de justificación en el ordenamiento jurídico peruano.
- C. Analizar los argumentos doctrinales y jurisprudenciales en torno a la naturaleza jurídica de “la incorporación del inciso 11 al artículo 20 del Código Penal”.
- D. Determinar que el mensaje valorativo dado por el derecho penal simbólico se cumpla en el inciso 11 del artículo 20 del Código Penal.
- E. Formular una propuesta de *lege ferenda* sobre la “derogatoria de la Ley N.º 31012” y la modificación del artículo 20 del código Penal.

1.4. DISEÑO DE CONTRASTACIÓN

Para contrastar nuestras hipótesis, hemos recurrido a la revisión y sistematización de información bibliográfica y jurisprudencial que existe al respecto, para lo cual se utilizó la técnica de fichaje o recopilación documental con su correspondiente instrumento (fichas bibliográficas). Luego, se analizó críticamente cada uno de los fundamentos esgrimidos para lo cual se utilizó la argumentación; siendo que, ante la imposibilidad de salvar las inconsistencias teórico-prácticas generadas desde una perspectiva de *lege lata*, se formuló una propuesta de *lege ferenda*, con lo cual se refutaron las hipótesis iniciales de trabajo.

1.5. UNIDAD DE ANÁLISIS

Artículo 20 inciso 11 del Código Penal.

1.6. UNIVERSO Y MUESTRA

Se trabajó con análisis de expedientes, resoluciones de casos judiciales, sentencias del Tribunal Constitucional, los mismos que se han reflejado en las causas de justificación.

1.7. TIPO DE INVESTIGACIÓN

A. De acuerdo al fin que persigue

La investigación que se desarrolló es básica; es decir, aportará teoría para la futura derogatoria del art. 5º de la Ley N.º 31012 y la modificación del art. 20 del CP. Atendiendo que esta investigación se llevó a cabo sin fines prácticos inmediatos, sino con el fin de incrementar el conocimiento de las causas por las que la modificatoria del art. 20 del CP responde a un derecho penal simbólico y que en la realidad no ha cumplido con el objetivo por el cual fue incorporado el inciso 11.

B. De acuerdo al diseño de la investigación

La presente investigación se desarrolló en base a un diseño no experimental, pues la contrastación no uso experimento. De igual forma, la presente investigación se ha desarrollado describiendo la problemática que se ha producido con la vigencia de la Ley N° 31012 y la posterior modificatoria del art. 20 del CP, para luego explicar las razones por las que la incorporación del inciso 11 al art. 20 del CP, responden a un derecho penal simbólico que en la realidad no tiene impacto, y finalmente se ha llegado a proponer la derogatoria del art. 5 de la Ley N° 31012 y la futura modificatoria del art. 20, derogando el inciso 11 en el mismo cuerpo normativo.

1.8. ENFOQUE DE LA INVESTIGACIÓN

La presente investigación es de enfoque mixto (cualitativo y cuantitativo). Es cualitativo porque el problema y la hipótesis se sustentan en la argumentación jurídica. Mientras que es cuantitativa por centrar fundamentalmente su estudio en los aspectos observables y susceptibles de cuantificación de los fenómenos, esto es, se hace uso de datos estadísticos donde se observó el incremento de la criminalidad.

Al utilizar el enfoque mixto, se entremezclan los enfoques cualitativo y cuantitativo en la mayoría de sus etapas, por lo que es conveniente combinarlos para obtener información que permita triangularla. Esta triangulación aparece como alternativa a fin de tener la posibilidad de encontrar diferentes caminos para conducirlo a una comprensión e interpretación lo más amplia del fenómeno en estudio.

1.9. MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN

A. Específicos

Se utilizó el método dogmático, se concibe el problema jurídico desde una perspectiva estrictamente formalista, descartando todo elemento fáctico o real que se relacione con la institución o especie legislativa. En este sentido se visualiza el problema solo a la luz de las fuentes formales, y como consecuencia, su horizonte se limitará a las normas legales o instituciones en los que está inscrito el problema, en la investigación no se analiza los factores reales que ha generado la modificatoria del artículo 20 incorporando el inciso 11; en este orden de ideas se investigó la

naturaleza jurídica del inciso 11 del artículo 20 del CP y su respuesta a las características de un derecho penal simbólico.

Se utilizó el método hermenéutico – interpretativo, para la interpretación de las causas de justificación que se desarrolló en el inciso 11 del artículo 20 del CP. Al haberse establecido la antijuridicidad para las FA y la PNP que causen lesiones o muerte en el ejercicio de sus funciones constitucionales, buscando de esta manera conocer el núcleo del significado del inciso 11 del artículo 20.

B. Generales

Se usó el método de análisis y síntesis, con el análisis se manejó los juicios de valor, y con la síntesis se consideró a los objetivos como un todo; con este método que emplea el análisis y la síntesis se separó el objeto de estudio y una vez comprendida su esencia, construir un todo.

1.10. TÉCNICAS

La técnica que se utilizó para desarrollar la tesis propuesta es el fichaje o recopilación documental; con ello se integra la estructura por medio de la cual se organiza la investigación; ya que, se logra ordenar las etapas de la investigación, aportar instrumentos para manejar la información y con ello se puede tener un control de los datos. Se hace presente que el fichaje o recopilación documental es una técnica exclusivamente documental que permite elaborar un marco teórico conceptual para así formar un cuerpo de ideas sobre el objeto de estudio que en la tesis recae en la modificatoria que se produce en el artículo 20 del CP.

1.11. INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS

El instrumento que se utilizó fue la ficha bibliográfica y la ficha de trabajo. Con la ficha bibliográfica se anotaron los datos correspondientes a la obra y el autor, con el objetivo de ubicar, registrar y localizar la fuente de información con el siguiente orden de datos; nombre del autor, por apellido paterno, materno y nombre.

1.12. DEFINICIÓN DE TÉRMINOS BÁSICOS

Razones jurídico penales: Son los fundamentos basados en el derecho penal, que nos permite establecer situaciones respecto a la norma penal y su integración con el ordenamiento jurídico.

Medios de defensa: Cualquier arma que no fuera la reglamentaria por parte de la PNP y la FA para repeler un ataque.

Mensaje valorativo: Es la información que se trasmite al promulgar una norma, con la intención de tranquilizar a la población y evitar un alzamiento o rebeldía.

Derecho penal simbólico: Elemento u objeto material, que, por convención o asociación, se considera representativo de una entidad, de una idea, de una cierta condición o forma expresiva, introduciendo valores y conceptos.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

En el presente capítulo se desarrolló el marco teórico de la tesis, éste ha sido estructurado tomando en cuenta los apartados de investigación que se plasman en la pregunta de investigación, objetivos e hipótesis, esto es, se recopiló información del derechos penal simbólico, sus características y concepto, a la vez se consigue resumir la teoría del delito, específicamente la antijuridicidad que nos ha servido en la presente investigación al momento de desentrañar las causas que justificarían la conducta de las FA y la PNP, conteniendo en éste capítulo los requisitos para la configuración del artículo 20 inciso 11 del CP; no se deja de lado la recopilación de información sobre las FA y la PNP, toda vez que la investigación se basa en la influencia que estas instituciones tiene en la sociedad y en el marco jurídico penal; se utilizó también análisis de casos emblemáticos en los cuales han estado como sujetos activos de investigación criminal miembros de las FA y la PNP; se utilizó la legislación comparada para comparar la legislación nacional y por último, los datos estadísticos arrojados por el INEI, los que demostró en su momento que los índices de criminalidad van en aumentos.

2.1. Derecho penal simbólico

A pesar de los múltiples esfuerzos que viene realizando el Estado por combatir la delincuencia; los índices de criminalidad no han disminuido, esto tiene su origen en la falta de una política criminal responsable que permita luchar contra la delincuencia.

Al no existir un estudio político criminal, los intentos por reducir la criminalidad en la sociedad son superficiales; Vílchez (2017) afirma que: “se ha llegado al punto en que no hace falta (no importa) detenerse en las razones dogmáticas para construir el camino de la legítima intervención penal” (p. 80). Lo que importaría demostrar a toda costa es que se está haciendo algo, aun cuando se descuiden las razones dogmáticas.

En el Perú, los índices de criminalidad van en aumento, así lo demuestra las cifras estadísticas del INEI que para el año 2017 se han registrado en las dependencias policiales tanto en las comisarías como en las unidades especializadas en investigación criminal, 399 mil 869 denuncias por comisión de delitos, las Fiscalías Provinciales Penales y Mixtas del Ministerio Público reportan 707 mil 258 denuncias penales; en este mismo año, 92 mil 740 personas recibieron sentencias condenatorias y a diciembre de 2017 la población penitenciaria alcanzó 85 mil 811 internos.

Por estas cifras el Estado a declarar en estado de emergencia a la Provincia Constitucional de Callao por poner un ejemplo; porque los índices de criminalidad aumentaron tanto que las fuerzas policiales que están encargadas del orden interno eran menguadas por la delincuencia y tuvieron que hacer su ingreso las Fuerzas Armadas; la criminalidad golpea tan fuerte a la sociedad que la misma población es protagonista de linchamientos a los delincuentes que son capturados.

Ante estos hechos, el Estado ha considerado aumentar las penas, crear nuevos tipos penales (sicariato, feminicidio), con la candidez de pensar que así disminuirán los índices delictivos.

Estos esfuerzos por querer regular las conductas con más tipos penales, ha dado como resultado la expansión del derecho penal y la promulgación de tipos penales simbólicos⁵, que en nada resuelven el problema de la criminalidad, sino que más bien dan un mensaje subliminal y de tranquilidad esporádica a la población haciendo creer que al criminalizar más las conductas se combate la delincuencia.

Atendiendo a la constante presión que la sociedad y los medios de comunicación hacen al Estado, ello tuvo reflejo el año 2007 cuando se promulga por primera vez la integración del inciso 11 al artículo 20 del Código Penal.

2.1.1. Concepto del Derecho penal simbólico

El derecho penal simbólico se manifiesta en las últimas décadas, donde las “leyes consideradas simbólicas no son infrecuentes o consideradas como un golpe en el vacío” (Terradillos Basoco, y otros, 1995, p. 28), es necesario primero aclarar el concepto de símbolo; ya que; al considerar este término para designar un rasgo del Derecho penal moderno se lo utilizaría en un concepto

⁵ No se puede olvidar que, en el derecho penal, la pena tiene un carácter simbólico, considero que no se podrá hablar de la pena sin entender su principio fundamental de defensa del ordenamiento jurídico y sin tomar en consideración su faceta simbólica, en ello radicaría la conservación de la confianza del pueblo en el derecho.

más amplio, y distinto de aquello que determinaría al derecho penal o parte de éste como solo simbólico.

Hassemer (1995) establece que: “el propio término no ha sido objeto de estudio por la doctrina; no he encontrado un concepto preciso y apto de “simbólico” o “legislación simbólica” (p.28); en tal sentido empezamos por determinar el concepto de “símbolo” o “simbólico”.

Desde un concepto no jurídico la Real Academia de la Lengua establece que la palabra símbolo proviene del latín *symbolus* y este del griego *σύμβολος* (*sýmbolos*), que la define como un elemento u objeto material que, por convención o asociación, se considera representativo de una entidad, de una idea, de una cierta condición o la forma expresiva que introduce en las artes figuraciones representativas de valores y conceptos, y que a partir de la corriente simbolista, a fines del siglo XIX, y en las escuelas poéticas o artísticas posteriores, utiliza la sugerencia o la asociación subliminal de las palabras o signos para producir emociones conscientes, es también una representación gráfica invariable de un concepto de carácter científico o técnico, constituida por una o más letras u otros signos no alfabetizables, que goza de difusión internacional.

En estas circunstancias se establece que, de acuerdo al fenómeno de Derecho simbólico, se trataría de una oposición entre “realidad” y “apariencia” entre “manifiesto” y “latente”, entre “lo verdaderamente querido” y lo “otramente aplicado”; y se trataría de los efectos reales de las leyes penales. “Simbólico” se asocia con “engaño”, tanto en sentido transitivo como reflexivo” (Terradillos Basoco, y otros, 1995, p. 28).

Así existe una brecha entre el fortalecimiento simbólico de las normas y la seguridad de su cumplimiento, se habla entonces de leyes que no están en situación de efectuar cambios y las cuales solamente tienen funciones simbólicas.

Para construir el concepto de derecho penal simbólico, entendemos que “este tipo de derecho penal está orientado a las consecuencias” (Terradillos Basoco, y otros, 1995, p. 28) de lo que sucede en la sociedad, más no en un estudio político criminal por ello hablamos de leyes que no están en situación de efectuar cambios y las cuales solo tendrían funciones simbólicas.

2.1.2. Clasificación de las normas que responden a un derecho penal simbólico

Existe una clasificación por medio del cual se puede determinar si una norma responde al derecho penal simbólico, para Hassemer (1995) sería así:

A. Leyes de declaración de valor

Tenemos como ejemplo la norma penal del aborto, que se debate entre la exigencia moral de la mujer a su determinación y descendencia por un lado y la confirmación de la prohibición de matar por otro lado.

B. Leyes con carácter de apelación

Se presenta en este punto como ejemplo el derecho penal del medio ambiente con el objeto de dotar de conciencia ecológica a las personas que ocupan posiciones relevantes.

C. Respuestas sustitutorias del legislador

Son leyes que sirven de coartada, leyes de crisis como por ejemplo leyes contra el terrorismo con el objeto de por lo menos tranquilizar el miedo y las protestas públicas.

D. Leyes de compromiso

En este caso se manifiestan cláusulas penales generales, las que si bien son poco decisorias siempre tiene un núcleo central para satisfacer la necesidad de actuar.

Este fenómeno se produce en nuestra realidad, con el planteamiento de normas penales sin un adecuado estudio político criminal. Se debe considerar que para la consideración concreta de la conducta prohibida el tipo penal vendría a ser “la materia de la prohibición de

las prescripciones jurídico penales, esto es quien realiza un tipo penal” (Roxin, 1979, p. 4), es decir, quien se comporta en la manera descrita por la materia de la norma.

Existe la corriente del marco de la sociedad de riesgo y de la expansión del derecho penal, a lo que el jurista alemán Günther Jakobs denominó derecho penal del enemigo (*feindstrafrecht*), en el cual se puede observar una política criminal de corte autoritaria y represiva (Álvarez, 2018).

Al parecer nos encontramos frente a la “existencia de un derecho penal ya no preventivo sino basado en el principio de precaución, no hablándose de riesgo sino de peligrosidad” (Álvarez, 2018, p. 253). Entonces la base que fundamente el derecho penal y la incorporación de tipos penales está dada en evitar la peligrosidad, adelantando de esta manera las barreras de punibilidad y enfocándose en un derecho penal del enemigo.

Hablamos en este sentido de un derecho penal de la peligrosidad autónoma, expansivo y sin límites que se desarrolla con normalidad, esta expansión del derecho penal, ha traído consigo la incorporación del derecho penal simbólico que más haya de incorporación de tipos penales solo tiene carácter aparente esta afirmación relacionada con la estrategia de combatir la delincuencia.

2.1.3. Control social

El ser humano nace libre y por naturaleza su comportamiento es de competitividad, en ese ámbito la lucha por la sobrevivencia conlleva en un estado natural a imponer la fuerza y la ideas para mantener en existencia la especie, con el estado de naturaleza básico el hombre no puede vivir en sociedad, puesto que en una vida en sociedad no rige la ley del más fuerte y en tal sentido la voluntad de accionar se ve limitada a los parámetros formales e informales que la sociedad impone, es por esta razón que el hombre en la vida social se inhibe de realizar ciertos actos como por ejemplo el andar desnudo por las calles, ya que si lo hiciera traería una consecuencia por parte de la sociedad, la cual sería de desaprobación a la conducta mostrada.

Cuando existen parámetros de comportamiento que se respetan en una vida en sociedad, estos ponen un límite a la forma de accionar del hombre, para evitar transgresiones con los derechos de los demás, de manera tácita surgen los medios que controlan el comportamiento del hombre en sociedad, partiendo de lo más básico lo cual es lo bueno y lo malo, lo correcto o lo incorrecto, es en la bipolaridad en la cual se ve inmerso la vida independiente del hombre y traspasa a la vida social, permitiendo tener el control de las acciones de los individuos.

Cuando un niño nace se ve influenciado en primer momento por la vida y costumbres de la familia en la cual crecerá, “es evidente que en el marco de la educación de los niños se emplea constantemente la pena” (Hassemer, 2003, p. 09); acuñando su futuro comportamiento, impregnando conceptos de lo bueno y de lo malo, tales ideas se internalizan desde los primeros momentos de vida del ser humano, con ello empieza a formarse los primeros medios para controlar el comportamiento, de la misma manera influye la escuela, el colegio, la religión, los cuales va a ser parte de un medio de control social, que tiene como finalidad controlar el comportamiento del ser humana para que la vida en sociedad no trasgreda los límites de lo que se ha planteado como correcto o incorrecto.

El derecho penal viene a ser como regulador de conductas a partir del principio de legalidad una forma de controlar el comportamiento del ser humano en su vida en sociedad, ejemplo de ello lo encontramos en el artículo 106 del Código Penal el cual prescribe: “el que mata a otro tendrá una pena privativa de la libertad (...)”, a partir del enunciado se pretender castigar la muerte provocada de uno a otro individuo.

Se puede entender entonces al derecho penal como un medio de control formal entendido “como el conjunto de modelos culturales y de símbolos sociales y también actos” (Hurtado Pozo, 1987, p.14). Debe entenderse que el derecho penal como parte del

derecho en general, es utilizado para controlar orientar y planear la vida de una sociedad en su conjunto, definiendo comportamiento y prescribiendo aquellos hechos que no deben ser realizados.

El Estado a través del *Ius Puniendi* ejerce un dominio con el fin de conservar las condiciones necesarias para un normal y buen desenvolvimiento de la vida comunitaria, el derecho penal contribuye directamente a mantener un control sobre el comportamiento de las personas en su vida social, sin embargo “la orientación de la actividad penal está determinada por las opciones socio – políticas que se hayan adoptado en relación a la organización de la comunidad” (Hurtado Pozo, 1987, p. 14).

El poder estatal a través de sus diferentes instancias y la facultad de castigar con el derecho punitivo ha sido una paradoja debido a la naturaleza de la intervención penal, la preocupación se deja notar cuando existen excesos en el uso del *Ius Puniendi*, en la actualidad el Estado a través de las fuerzas del orden han cometido abusos en el marco de un mal llamado control social, en esta compleja problemática que afecta los fundamentos mismos del derecho penal, se deja notar que se utiliza al derecho penal de una manera indiscriminada, abultada sin la mayor conciencia de que existen principios fundamentales para la utilización del derecho penal y la no vulneración de los derechos fundamentales.

El control social persigue una finalidad la cual es orientar la conducta de las personas, mediante reglas generales de carácter penal, y para alcanzar ese objetivo se determinan en un primer momento cuales son los comportamientos reprimibles, esto comportamientos reprimibles que no se llegan a controlar, pasan a ser atentatorio contra bienes jurídicos, es por ello que un sujeto al dispararle a otro ha violado un parámetro legal y con ello produce una conducta típica, es la hora crítica en la que vive la sociedad y la delincuencia sale de la oscuridad para apropiarse de la sociedad y con ello sacudir los cimientos del Estado (Valverde, 2018).

Uno de los fundamentos del control social es precisamente menguar la delincuencia, ello se produce desde el control social informal el cual está constituido por “la familia, la escuela, la profesión, los grupos sociales” (Mir Puig, 2004, p. 49), al fallar éste, pasamos al control social formal “que lo distingue un medio de control jurídico altamente formalizado como es el derecho penal” (Mir Puig, 2004, p. 49), en el cual el derecho penal tiene un protagonismo indiscutible, ante una acción que cause un menoscabo en los bienes jurídicos, inmediatamente el derecho penal interviene para sancionar la conducta desviada, con ello pretende el Estado evitar la venganza y canalizar la impotencia y furia de la víctima en justicia.

En miras de esa perspectiva y tergiversando los fundamentos del derecho penal, se utiliza a éste como el remedio para todos los males sociales, el legislador peruano considera que aumentando las penas, e incluyendo más tipos penales en el Código Penal se puede combatir la delincuencia, sumando a todo ese pensamiento de expansión del derecho penal y en la desesperación de querer dar alternativas de solución a la población en el avistamiento del aumento de la delincuencia se hace uso de un derecho penal de símbolos, con lo que solamente se quiere transmitir un mensaje de tranquilidad a la sociedad más no tiene un sustento en el mundo real.

Entre los parámetros que se deben tener en cuenta para normar tipos penales encontramos el estudio político criminal, esto debe ser acompañado a la realidad criminal del entorno social, enfocando comportamientos que afecten la vida en sociedad, si partimos que los ciudadanos entregamos parte de nuestra libertad al Estado para ser regulados por medios de mandatos legales y que es la política criminal el medio para determinar comportamientos desviadas y sancionarlos, debe entonces tenerse un estudio adecuado de las conductas que vulneran bienes jurídicos.

La criminología no está apartada del estudio de las conductas desviadas, al contrario, existe una estrecha relación entre el ciudadano que infringe un mandato legal y el que evita meterse

en problemas, ya sea por temor a ser sancionado o por cumplimiento de un mandato moral superior, cual fuera el caso, la criminología al tener como método de estudio la criminalidad, nos aclara el panorama al momento de estudiar el derecho penal simbólico. Para lo cual hacemos mención algunos tipos de criminología:

- a. La criminología científica
- b. La criminología aplicada
- c. La criminología académica
- d. La criminología analítica
- e. La criminología general o sintética
- f. La criminología clínica
- g. La criminología tradicional
- h. La criminología crítica

La presente investigación se tiene en cuenta que la criminología se sirve de conceptos, métodos y técnicas que se toman de otras disciplinas, es entendido que la criminología refleja las diversas influencias de la sociología, la psicología, la filosofía.

2.2. ASPECTO POLÍTICO CRIMINAL

2.2.1. Definición

Para definir la política criminal debemos considerar la relación que ésta tenga con la realidad pues se la puede considerar en dos circunstancias: una fáctica en la que se observa de manera activa la

presencia de la criminalidad y en otro sentido la labor del Estado y la población, pues busca algún mecanismo para enfrentar el problema de la criminalidad.

Por ello la política criminal se la puede entender como el poder de definir los procesos criminales dentro de la sociedad y por tanto de dirigir y organizar en relación a la cuestión criminal; también podemos definir la política criminal como el conjunto de objetivos estratégicos y actos de gobierno dirigidos a la prevención y control de problemas sociales de criminalidad.

La criminalidad entonces deberá entenderse como el conjunto de elementos y factores que permiten que una acción sea considerada como atentatoria al orden jurídico y específicamente vulneradora a un bien jurídico legalmente tutelado.

2.2.2. Decisiones que producen efectos en la legislación penal

En nuestra legislación nacional existe una línea constante de criminalización, tal es así como decisiones de sobrecriminalización y decisiones de neocriminalización, el primero potencia un hecho delictivo y el segundo propias de los sectores de poder.

A. Sobrecriminalización

Este aspecto de sobrecriminalizar se presentan el incremento de las penas, la configuración de circunstancias agravantes específicas, el incremento de plazos de prescripción o delitos imprescriptibles, la

eliminación de modalidades de acceso a medidas alternativas a la pena privativa de la libertad, la reducción de la edad mínima para la capacidad penal.

Con ello se pretende resolver el problema de la criminalidad, claro está utilizando el derecho penal con la finalidad de endurecer el sistema jurídico y lanzando mensajes a la sociedad, los mismos que podrían enfocarse incluso en corrientes retributivas o de prevención. Esta lógica se traduce en la realidad procesal, se relajan las garantías y la violencia para combatir la criminalidad se vuelve la regla, se dejan de lado las políticas de seguridad ciudadana; la prisión preventiva también se vuelve la regla, siendo esta una excepción.

B. Neocriminalización

Esta postura busca que las conductas que son propias de los sectores de poder se criminalicen por ser ofensivas, por ser negativas; en el mundo contemporáneo tenemos tres grandes poderes: el poder económico, el poder político y el poder tecnológico, para cada una de estos grupos de poder se desprenden comportamientos criminales como por ejemplo el poder económico se desprenden los delitos empresariales, en el poder político podemos encontrar los delitos de corrupción en procesos electorales y en el poder tecnológico la ciber criminalidad o la venta o suministro de tecnología para la producción de armas de destrucción masiva.

2.3. TEORIA DEL DELITO

Al referirnos al delito, tenemos que determinar que toda acción que se produzca en el mundo fáctico no necesariamente constituye un hecho delictivo, para esto, debemos referirnos como toda acción típica, antijurídica y culpable. Es así que el profesor Eugenio Zaffaroni en su libro tratado de derecho penal tomo III establece: "(...) la primera definición de delito con clara base sistemática probablemente sea la atribuimos a Tiberio *Deciani*". Quien habría sido un jurisconsulto Italiano (1509-1582), que en su *Tractatus Criminalis*, de aparición póstuma en 1590, establecía que "delito es el hecho, dicho o escrito del hombre, por dolo o por culpa prohibido por la ley vigente bajo amenaza de pena, que ninguna causa puede excusar" (Zaffaroni, 1981, p. 15). Si partimos del concepto de la acción humana como el ejercicio de la actividad finalista y comprendemos que la acción humana no es simplemente causal.

Entonces decimos que se "llama teoría del delito a la parte de la ciencia del Derechos penal que se ocupa de explicar qué es el delito en general" (Tello, 2019, p.37). Toda acción que desprende un sujeto no es considerada delictiva mientras no cumpla con los parámetros establecidos en esta teoría, llegando a separar acciones punibles e impunes. Tello (2019) afirma:

Esta noción se vincula al cumplimiento de un cometido esencialmente práctico, el cual consiste en la facilitación de la averiguación de la presencia o ausencia del delito en cada caso concreto. En efecto, cuando el juez, fiscal o defensor o quien fuere, se encuentra ante la necesidad de determinar si existe delito en un caso concreto, como, por ejemplo, la conducta de un sujeto que se apoderó de una alhaja en una joyería, incumbiéndole averiguar si esa conducta constituye o no delito; lo primero que debe saber es qué carácter o característica debe presentar una conducta para ser delito. (p.37)

Entonces la conducta humana que conlleva a practicar un análisis de un posible hecho delictivo es la acción, entendida como “conducta voluntaria que consiste en un movimiento del organismo destinado a producir cierto cambio, o la posibilidad, en el exterior del mundo, de vulnerar una norma prohibitiva que está dirigida a un fin u objetivo” (Welzel, 1987, p. 53).

En este punto trataremos la acción desde diferentes perspectivas de las teorías; al respecto, el causalismo considera acción todo movimiento externo que lleve consigo algún cambio en el mundo exterior, dejando de lado toda valoración subjetiva (dolo o culpa) a nivel de la tipicidad para analizarla posteriormente al nivel de la culpabilidad. Un problema que se le presenta a esta teoría se da sobre el tratamiento de la omisión, dado que su concepto de acción es incapaz de explicar que un no hacer de lugar a la configuración de un delito (Arias Torres, s.f. p. 191).

Sobre esta teoría, Peña González (2010), sostiene que, los partidarios de la concepción causal o natural de la acción consideran a esta como un puro suceso causal. Se trataría de un comportamiento corporal (fase externa, “objetiva de la acción”), producido por el dominio sobre el cuerpo; es decir, libertad de inervación muscular, “voluntariedad” fase interna “subjetiva” de la acción: un comportamiento corporal causado mediante la voluntad. El contenido de la voluntad, que se manifiesta en el movimiento corporal, no es considerado como un factor perteneciente a la acción. Su análisis deberá realizarse, según los defensores de la teoría causal, sea al determinarse la ilicitud del comportamiento, sea al analizarse si el agente actuó culpablemente (p. 90).

El finalismo, tiene un criterio unitario acerca de la acción, es inseparable el nivel objetivo y subjetivo, por eso ambos se analizan en la tipicidad. Se plantea que todo comportamiento humano tiene una finalidad. La teoría finalista se caracteriza por un concepto de acción basada en la dirección del comportamiento del autor a un fin previamente fijado por éste. De esta manera, un concepto causal de acción, que sólo tiene en cuenta la producción causal del resultado, se opone al concepto final de acción, que también considera los fines perseguidos por el autor (Arias Torres, s.f. p. 191).

Sobre esta teoría, Tello (2019), afirma que: “el comportamiento además de humano debe ser voluntario” (p.44). De la misma manera Peña (2010) considera que: “la acción es un comportamiento humano sometido a la voluntad orientada hacia un resultado determinado” (p.91). La finalidad de la acción resulta del hecho que el hombre, consciente de su poder causal, puede prever, en cierta medida, los efectos posibles de su actividad; asimismo, él puede tratar de alcanzar fines diferentes y dirigir, según un plan, su actividad hacia un objetivo determinado.

Finalmente, la Teoría de la acción social, señala el criterio común que permite elaborar un concepto único de acción, comprensivo del hacer y del omitir, es el carácter socialmente relevante del comportamiento humano. Según ellos, su tesis constituye una solución intermedia entre los criterios ontológicos y los normativos puros. Por comportamiento se entiende cada respuesta del hombre a las exigencias del mundo circundante, conocidas o

cognoscibles, mediante la realización de una de las posibilidades de acción que, de acuerdo a su libertad, se encuentran a su disposición (Peña González, 2010, p. 97).

La acción típica es entendida entonces como el comportamiento humano (acción u omisión) que se dirige a lograr una determinada finalidad. Esto constituye el núcleo del tipo, generalmente es definida él hace al verbo rector (por ejemplo. matar, apoderarse, etc.). La omisión consiste en dejar de hacer algo que el tipo establece; ésta se puede dividir a su vez en dos: la omisión propia (es la regulada en forma expresa por nuestro Código Penal) y la omisión impropia (consiste en equiparar una omisión a una acción positiva descrita en el tipo penal; por ejemplo, el enfermero que omite darle la medicina a un paciente que se encuentra en un estado crítico, motivo por el cual muere, la omisión ha producido la muerte del paciente) (Arias Torres, s.f. p. 191).

2.2.1. Tipo y tipicidad

Consideramos que es necesario hacer referencia a las definiciones de tipo y tipicidad, a fin de dilucidar las diferencias del tipo y la tipicidad en materia penal.

“Se entiende al Tipo como una abstracción concreta del conjunto de características objetivas y subjetivas que debe contener un hecho para poder ser sancionado penalmente, el mismo que se encontrará descrito en la ley penal” (Bramont Arias Torres, 2003, p. 35).

La tipicidad es la característica de una acción por la cual puede afirmarse que es subsumible bajo un tipo penal. El tipo penal por su parte es la descripción de la conducta prohibida por una norma. Este concepto está dirigido a la determinación de aquellos elementos que fundamentan lo injusto de un comportamiento (Bacigalupo E., 1978, p. 31).

Ahora bien, entendido ya el concepto de tipo, debemos tener en cuenta la definición de tipicidad, que es justamente “aquel comportamiento que coincide o se encuadra con el supuesto de hecho legalmente establecido en algún tipo de delito” (Bramont Arias Torres, 2003, p. 35).

En conclusión, “para que una conducta sea típica, y por ende sancionada penalmente, es necesario que la parte objetiva y subjetiva de ésta encaje en la parte objetiva y subjetiva del tipo descrito en la ley” (Mir Puij, 2008, p. 219).

Teniendo en cuenta lo antes citado, cada vez que un comportamiento humano determinado no encuadre dentro de ningún tipo legal, por lesivo que parezca a intereses individuales o sociales, o por inmoral que sea reputado, no será susceptible de sanción penal alguna, al ser una conducta atípica (Reyes Echandía, 1989, p. 255).

De lo antes citado se puede evidenciar que el supuesto de hecho típico estará siempre regulado por la ley, lo cual implica un respeto por el principio de legalidad, cumpliendo así el tipo penal cumple una función garantizadora que permite al ciudadano conocer de manera ex ante la diferencia entre una conducta sancionada y una atípica (Villavicencio T, 2006, p. 298).

2.2.2. Tipicidad objetiva

Según Bramont Arias (2003), la tipicidad es la operación mediante la cual un hecho que se ha producido en la realidad y adecuado o encuadrado dentro del supuesto de hecho que describe la ley penal, es decir, separa de un hecho real que ha sucedido, una descripción abstracta y genérica, supuesto de hecho o tipo penal de ley (p. 41).

La tipicidad se encarga de determinar esencialmente la incidencia social de la conducta en relación de una infracción penal. En otras palabras, cuando se trata la parte objetiva se describe el suceso fáctico en cuanto a la descripción de una serie de hechos que dan lugar a la realización del delito. La Tipicidad Objetiva, viene acompañada de todas las características, elementos o componentes que se encuentran el mundo exterior. A este aspecto de la tipicidad objetiva le conoce también como tipo objetivo.

La tipicidad cuenta con los siguientes elementos que lo compone:

A. Los Sujetos

En el tipo penal se manifiesta la presencia de tres sujetos, dos de ellos en forma directa (sujeto activo y sujeto pasivo) y uno en forma indirecta que es el Estado (encargado de aplicar la pena o medida de seguridad en el caso de acreditarse la responsabilidad penal del sujeto activo y otorgan la reparación civil al sujeto pasivo). Puede darse casos en los que el Estado sea el agraviado, esto se produce en delitos como falsificación de documentos, contra la administración de justicia, tráfico ilícito de drogas (Arias Torres, s.f. p. 191).

a. El sujeto activo

Es la persona individual con capacidad penal que realiza la conducta típica. Solamente una persona individual puede cometer delitos. Aún en los casos de asociación criminal, las penas recaen solo en sus miembros integrantes. Solo en la persona individual se da la unidad de voluntad y el principio de individualidad de la pena (Peña Gonzalez, 2010, p. 71).

b. El sujeto pasivo

Es el titular del interés jurídico lesionado o puesto en peligro. En el Código Penal, se le reconoce, respondiendo a las preguntas: ¿A quién pertenece el bien o interés protegido?

¿Quién es el titular del bien? En general un bien o interés pertenece a la persona (colectiva o individual), a la sociedad o al Estado (Peña González, 2010, p. 76).

B. Relación de causalidad

La acción humana consiste, en el ejercicio de una actividad finalista, en el desarrollo de una actividad dirigida hacia la consecución de un fin. Es decir, la causalidad es un elemento de toda acción. Lo que busca es ver si un resultado es consecuencia lógica de una acción determinada (Arias Torres, s.f. p. 195).

Según Arias Torres (s.f.), para establecer esta relación han surgido diversas teorías entre las que tenemos la equivalencia de condiciones y la adecuación. La equivalencia de condiciones (*conditio sine qua non*) señala que es causa toda condición de un resultado concreto que suprimida mentalmente daría lugar a que ese resultado no se produjese (p. 95).

Mientras que, Bacigalupo (1978) señala que, los fundamentos de esta teoría permiten que todas las condiciones que determinan un cierto resultado tienen idéntica y equivalente calidad de causa (p. 41).

Al respecto, Arias Torres (s.f.), prescribe que esta posición es criticada debido a que se podría dar una regresión hasta el infinito en la relación causal, sin definir cuál es la verdadera causa (195).

C. Bien jurídico protegido

Es el bien tutelado por el derecho mediante la amenaza penal. El objeto jurídico del delito o bien jurídicamente protegido es el bien o interés que está protegido por el Derecho, “lo que” la norma, mediante la amenaza de la pena, tiende a tutelar, a cuidar, de posibles agresiones (Peña González, 2010, p. 81).

Es el interés jurídicamente protegido es aquello que la sociedad cree como su fundamento básico para lograr un desarrollo armónico y pacífico. Todo tipo de delito debe incluir un comportamiento humano capaz de provocar la puesta en peligro (real, claro e inminente) o la lesión de un bien jurídico (de conformidad con el art. IV del Título Preliminar del Código Penal peruano, referido al principio de lesividad (Arias Torres, s.f. p. 192).

“La cualidad de bien jurídico es, por tanto, algo que crea la ley y no algo preexistente a ella misma” (Muñoz Conde; García Arán, 1993, p. 240).

Arias Torres, citando a Welzel, sostiene que, por lo general en la descripción del tipo penal no designa literalmente el bien jurídico protegido, sino que éste viene consignado expresamente en los rubros de los títulos y capítulos que contiene nuestro Código Penal, resulta entonces una agrupación sistemática que ordena nuestro código. La defensa del bien jurídico es lo que le da sentido a todo el ordenamiento jurídico penal (p. 192).

Finalmente, se preceptúa que, "el bien jurídico es una fórmula normativa sintética concreta de una relación social determinada y dialéctica" (Bustos Ramírez, 1984, p. 180).

Otra de las teorías es la causalidad adecuada, la misma que señala que es causa sólo aquella que es adecuada para producir un resultado cuando una persona normal colocada en la misma situación hubiese podido prever que en tal circunstancia el resultado se produciría inevitablemente; es decir, se basa en los criterios de la previsibilidad (de acuerdo al hombre promedio) y en la diligencia debida (por parte del sujeto activo) (Arias Torres, s.f. p. 195).

Sobre esta teoría, Bacigalupo (1978), menciona que para esta no todas las condiciones son causas, sino solamente aquellas que, de acuerdo con la experiencia general, habitualmente producen un resultado. Por ejemplo, el disparo de un arma de fuego, habitualmente produce la muerte de otro, por ello es adecuado para producir tal resultado y en consecuencia es causa (p. 45).

Esta teoría es muy criticable, puesto que para juzgar la adecuación de la causa debe recurrir al conocimiento general y no al conocimiento del sujeto concreto. Cuando el conocimiento del sujeto es amplio que el conocimiento común, habrá que afirmar la falta de relación causal. Por ejemplo, el médico que sabe que

especiales condiciones un medicamento puede ser mortal, no sería causa de resultado cuando tal aptitud mortal no se alcanzara para el conocimiento común (Bacigalupo E., 1978, p. 46).

El criterio de la relación causal debe ser complementado con la imputación objetiva, que determina si un determinado hecho le puede ser atribuido al sujeto activo. Entonces, aparte de la relación de causalidad (nexo causal) se exige la imputación objetiva, que señala que es imputable toda conducta que suponga la creación de un riesgo no permitido o el aumento de un riesgo ya existente más allá de los límites permitidos; además, el resultado se debe producir dentro del ámbito de protección de la norma (Arias Torres, s.f. p. 192).

D. Resultado

Es el efecto externo de la acción que el Derecho penal califica para reprimirlo y el ordenamiento jurídico tipifica para sancionarlo, y que consiste en la modificación introducida por la conducta criminal en el mundo exterior (por ejemplo, muerte, robo, incendio) o en el peligro de que dicha alteración se produzca. Es un efecto de modificación verificable del mundo exterior trascendente en el ámbito penal. Asimismo, hay que notar que es elemento de la acción sólo en los delitos materiales (Peña González, 2010, p. 102).

De lo anterior mencionado, podemos concluir que el resultado es el efecto externo que el derecho penal califica para reprimirlo y el

ordenamiento jurídico tipifica para sancionarlo y este consiste en la modificación introducida por la conducta criminal en el mundo exterior o en el peligro de que dicha alteración se produzca. Peña Gonzales (2010) sostiene que cuando hay acción externa siempre hay resultados, este es causal de imputabilidad. La ley también castiga la simple manifestación de la acción, por ejemplo, la tentativa (p. 109).

2.2.3. Tipicidad Subjetiva

La parte subjetiva del tipo se halla constituida siempre por la voluntad consciente, como en el dolo, o sin conciencia suficiente de su concreta peligrosidad, como en la imprudencia, y a veces por especiales elementos subjetivos (por ejemplo, el “ánimo de lucro” en el delito de hurto o el ánimo de matar en el caso de asesinato) (Peña González, 2010, p. 102).

A. El dolo

El elemento principal y dominante del tipo subjetivo es el dolo. Dolo, desde este punto de vista, es el conocimiento y la voluntad de la realización del tipo penal. El autor tiene que saber que realiza un hecho y qué hechos realizan, y además tiene que conocer las circunstancias que rodean ese hecho. Pues el contenido del dolo es el conocimiento y la voluntad, al primero se le conoce como elemento cognitivo y el otro es considerado elemento volitivo (Bacigalupo E., 1978, p. 45).

En suma, puede decirse que el dolo es conocimiento y voluntad de realizar un delito o una conducta punible. El dolo está integrado entonces por dos elementos: un elemento cognitivo (conocimiento de realizar un delito), y un elemento volitivo (voluntad de realizar un delito o en pocas palabras significa: "El querer de la acción típica"). El dolo comprende el conocimiento de los hechos, esto es, el conocimiento del comportamiento que se está realizando, y el conocimiento de la antijuridicidad del hecho, es decir, el conocimiento de que el comportamiento que se está realizando se encuentra prohibido por el derecho penal (Peña González, 2010, p. 162).

El dolo es la conciencia (saber la acción u omisión que se está realizando) y voluntad (querer realizar la acción) de realizar el tipo objetivo. Se da una coincidencia entre el aspecto objetivo y subjetivo del hecho: lo ocurrido tiene que haber sido conocido y querido por el autor. El dolo incluye el conocer y querer la realización de la situación objetiva descrita por el tipo del injusto, y no requiere que se advierta que dicha relación es antijurídica (no incluye la conciencia de la antijuridicidad)". Al decir que, el dolo se relaciona con el tipo objetivo incluimos a los elementos normativos y descriptivos (Arias Torres, s.f. p. 193).

B. Elementos del dolo

a. El conocimiento

El conocimiento exigido por el dolo es el conocimiento de cada uno de los elementos del tipo objetivo. Es decir, al establecerse cuales son los elementos del tipo objetivo, se define a la vez cuales son los elementos que debe haber conocido el autor para que su obrar sea doloso (Bacigalupo E., 1978, p. 47).

Debemos tener en cuenta, que el conocimiento del dolo debe ser actual, debe darse en el momento en que el autor realiza la acción típica, debe tener el conocimiento de los elementos de tipo objetivo.

b. Voluntad

Se puede afirmar que el autor ha querido la realización del tipo cuando esta realización ha sido directamente perseguida por su voluntad y como objetivo de su voluntad. Por ejemplo, alguien quiere matar a otro y lo mata. Es decir, directamente dirige su voluntad a la realización de un tipo. Esta forma de dolo es dolo directo (Bacigalupo E., 1978, p. 49).

La realización del tipo, como se dijo, puede ser solo posible. Para saber si el autor quiso o no la realización posible del tipo como consecuencia de la acción por la directamente querida, en ese sentido será necesario tener en cuenta cual ha sido su aptitud frente a esa eventual realización del tipo.

C. Clases de dolo

a. Dolo directo

Se da cuando la acción típica realizada por el individuo es precisamente la que él persigue, es decir: el sujeto activo busca realizar un hecho y lo hace. Por ejemplo, A decide matar a B, y lo mata, para lo cual le dispara dos veces en la cabeza (Arias Torres, s.f. p. 194).

Se produce cuando un sujeto se representa en su conciencia el hecho típico, es decir, el hecho constitutivo de delito. En el dolo directo el autor tiene el total control mental de querer y saber cuál es la conducta típica que se plantea realizar y la comete, independientemente de que aquella acción dé sus resultados esperados (Peña González, 2010, p. 162).

b. Dolo de segundo grado o de consecuencias necesarias

Se da cuando el resultado es consecuencia necesaria de los medios elegidos por el sujeto activo, es decir: cuando el sujeto activo sabe que para realizar un hecho necesariamente tendrá que producir una consecuencia que se encuentra ligada al resultado (Arias Torres, s.f. p. 194).

Llamado también, Dolo indirecto es aquel que se materializa cuando el sujeto se representa el hecho delictivo, pero no como un fin, sino como un hecho o efecto inevitable o necesario para actuar o desarrollar la conducta típica (Peña González, 2010, p. 163).

Un claro ejemplo, puede ser cuando Manuel quiere dar muerte a Ever, le pone una bomba en el auto, la bomba explota y producto de ello mueren la señora y los hijos de Ever. La finalidad no es matar a la familia, pero es necesario.

c. Dolo eventual

Estos casos se presentan cuando el sujeto activo no quiere producir un resultado, pero considera que ese resultado es de probable producción. No basta con que se represente el resultado (teoría de la representación: para que exista dolo, basta con que el sujeto quiera la acción, siempre que además se haya representado el resultado, no siendo necesario que haya también querido el resultado), sino que además se da su voluntad (teoría de la voluntad: define al dolo como la intención más o menos perfecta de hacer un acto que se conoce contrario a ley); es decir: el sujeto no quiere el resultado, pero cuenta con él (Arias Torres, s.f. p. 194).

El dolo eventual es “aquel que se produce cuando el sujeto se representa el hecho como posible, lejano, pero que podría llegar a ocurrir; no obstante, actúa aceptando dicha posibilidad” (Peña González, 2010, p. 165).

2.2.4. Imputación objetiva

La imputación objetiva ha sido un tema desarrollado con gran entusiasmo en las tres últimas décadas, atendiendo al desarrollo de

la presente investigación, es importante abordar el tema, sin dejar de lado las críticas que esta teoría ha traído, para ello, mencionamos la metáfora desarrollada por el profesor Günter Jakobs (1996) en su obra *La Imputación Objetiva en el Derecho Penal*:

El primer caso conocido en la historia de la Humanidad de un quebrantamiento de una norma, trasluce, aunque débilmente un problema de la imputación objetiva. Después de creado el ser humano y nada más promulgada la primera norma, con el contenido “más del árbol de la ciencia del bien y del mal no comerás” como cuenta los dos primeros capítulos del Génesis, esta norma fue inmediatamente quebrantada (p.13)

De lo prescrito, al seguir la metáfora, Dios pide explicaciones a Adán declara en su defensa: - la mujer que me diste por compañera me dio del árbol, y yo comí – este relato trae consigo dos situaciones, la primera la respuesta a un principio de confianza y la segunda a la posición de garante que tiene Eva frente a Adán que ha sido puesta por Dios.

Estas reflexiones sirven de base para la presente investigación, concebimos que está se basa en el principio de la acción humana para producir un riesgo desaprobado legalmente; en donde dicha “acción debe encontrarse comprendida por el fin de protección de la norma” (Roxin, *La imputación objetiva en el derecho penal*, 1994, p. 21), a falta de la creación del riesgo por la acción humana la imputación objetiva faltaría.

Los criterios para determinar la imputación objetiva son:

A. La disminución del riesgo

Para este criterio se niega la imputación objetiva en los casos de desviación de un resultado grave, que haya llevado a producir uno leve, ejemplo: A y B pasean por la calle; al pasar por un edificio, A se da cuenta de que ésta a punto de caer un macetero sobre la cabeza de B. rápidamente A empuja a B, evitando que le caiga el macetero en la cabeza, pero ocasionándole lesiones al mismo tiempo, puesto que el macetero le cae en el brazo, donde éste sufre lesiones corporales, definitivamente estamos frente a la disminución del riesgo, que produce efectivamente la vulneración de otro bien jurídico.

B. Creación de un riesgo jurídicamente relevante

El criterio de la creación de un riesgo jurídicamente relevante se corresponde con la anterior teoría causal de la adecuación, con la diferencia que ahora se aplica después de afirmada la causalidad; se pretende negar la imputación objetiva cuando la acción no ha creado el riesgo relevante de una lesión al bien jurídico. Para ello la ausencia de este riesgo relevante se comprueba mediante un juicio de adecuación, es decir cuando el resultado no hubiera sido objetivamente previsto. Ejemplo: el sobrino heredero envía a su tío al bosque con la esperanza que le alcance un rayo y muera.

C. Aumento del riesgo permitido

En el supuesto de aumento del riesgo permitido, se pretende negar la imputación objetiva cuando la conducta del actor no ha significado una elevación del riesgo permitido

D. Ámbito de aplicación de la norma

El ámbito de aplicación de la norma es un elemento negativo de la imputación objetiva, puesto que éste puede ser negado, en el sentido que el resultado acaecido no era aquel que la norma quería evitar. Los casos que se solucionan con ayuda de este criterio, se pueden agrupar de la siguiente manera:

- a. Casos en los cuales el riesgo no se realiza en el resultado
- b. Casos en los que, aunque el resultado es reflejo del riesgo producido, dicho resultado se sitúa fuera del ámbito de protección de la norma.

E. Realización del plan

En la realización del plan, la imputación objetiva solo puede afirmarse cuando el resultado corresponde al plan del autor.

F. Esfera de responsabilidad de la víctima

La institución que traduce en términos dogmáticos esta necesidad de tener en cuenta el valor normativo de la autorresponsabilidad en el marco de la teoría de la imputación objetiva puede denominarse imputación al ámbito de responsabilidad de la víctima. Esta institución opera en los supuestos en los que el titular de un bien

jurídico ("víctima") emprende conjuntamente con otro (autor) una actividad que puede producir una lesión de ese bien jurídico.

La imputación de la actividad al ámbito de responsabilidad de la víctima no depende de la configuración fenomenológica de las aportaciones de ejecución material de víctima y autor per se. En este sentido, puede haber tanto supuestos de ejecución en manos del autor en los que en caso de daño éste se impute a la víctima, como supuestos en los que, a pesar de que es la víctima quien ejecuta directamente la actividad arriesgada, el hecho se presenta como conducta típica del autor.

2.2.5. Antijuridicidad

En la investigación que se desarrolla, la antijuridicidad de la conducta que ejercen las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional al causar lesiones o muerte en el ejercicio de sus funciones y la legitimación para realizarla, nos hace pensar que los problemas de la delincuencia en el país se solucionarían. Es por ello que el Poder Ejecutivo⁶ con el afán de combatir la delincuencia regula como causas de justificación el causar lesiones o muerte como estrategia de lucha contra la inseguridad. La conducta que despliegan al causar lesiones o muerte las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional es antijurídica, respondiendo ésta a un

⁶ Si bien es cierto que el poder encargado para promulgar leyes es el Legislativo; sin embargo, mediante la Ley N° 29009, el Poder Legislativo delega facultades al Poder Ejecutivo, para que legisle en materia de tráfico ilícito de drogas, lavado de activos, terrorismo, secuestro, crimen organizado y pandillaje pernicioso, por un plazo de 60 días hábiles, en aras de implementar la estrategia para combatir el crimen organizado se incorporó el inciso 11 al artículo 20 del Código Penal como una causal de justificación.

hecho típico y a la vez contrario al ordenamiento jurídico; sin embargo, la conducta que es considerada típica, si se la regula como causa de justificación en el ejercicio de un deber se convierte en atípica.

En consecuencia, las causas de justificación juegan un rol importante entendiendo que una conducta pueda pasar de ser típica a ser no antijurídica; ello se relaciona con el concepto de antijuridicidad; Kelsen (2007) establece que "(...) lo determinante para el concepto de lo antijurídico no es el motivo del legislador" (p.33), atendiendo el motivo del legislador como la voluntad de éste al momento de aprobar una norma jurídica.

La antijuridicidad como categoría para determinar la ilicitud de un hecho se sustenta en la contravención al orden jurídico determinado más no a los deseos de la autoridad que establecería la norma, es así que Kelsen (2007) realiza la precisión siguiente: "(...) lo determinante para el concepto de lo antijurídico está basado única y exclusivamente en la posición del hecho cuestionado en la proposición jurídica" (p.33); entonces, antijuridicidad se la define como lo contrario a derecho, donde la conducta que se despliega atenta contra las normas jurídicas legalmente establecidas, teniendo en cuenta que la noción para la antijuridicidad se debe entender como: "el juicio negativo de valor que recae sobre una conducta humana, en tanto que el juicio sería la conducta humana desvalorada" (Zaffaroni, 1981, p. 561).

El Profesor Zaffaroni (1981) considera que: “la contrariedad que existe de la conducta humana con el orden jurídico no se establece con la mera antinormatividad de la conducta, sino con la falta de preceptos permisivos llamados “causas de justificación”” (p. 562).

El profesor Bacigalupo (1999) manifiesta que:

La antijuridicidad establece bajo qué condiciones la realización de un tipo penal no corresponde a derecho; es decir, el hecho realizado no merece una desaprobación del orden jurídico. En este orden de ideas se puede establecer que la antijuridicidad es una teoría de las autorizaciones para la realización de un comportamiento típico, ello equivale a decir que un comportamiento es la acción desplegada por el autor con el permiso del ordenamiento jurídico para obrar como obró (p.351)

Una acción típica, por lo tanto, será también antijurídica si no interviene en favor del autor una causa de fundamento de justificación. La tipicidad de una acción es, consecuentemente un indicio de antijuridicidad. “Precisamente porque aquella señala la posibilidad que ésta debe verificarse si existe o no una causa o fundamento de justificación” (Bacigalupo E. 1999).

Esta verificación es una tarea independiente de la comprobación de la tipicidad. Es independiente porque solo cabe plantearse la cuestión de la antijuridicidad cuando se ha llegado a la conclusión de que la acción es típica; es decir, que se subsume bajo un tipo penal (Bacigalupo, 1999, p. 351). Amerita establecer que para dar mayor facilidad a las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional la voluntad del legislador al momento de incluir en el artículo 20 inciso 11 del Código Penal una

forma de excluir de la responsabilidad penal a las fuerzas del orden en el cumplimiento de su deber fue incluir una causa de justificación para que la conducta desplegada típica se convierta en atípica.

Entendamos que “la realización de la acción típica y su materialización en una lesión o peligro de un bien jurídico, constituye un indicio de la antijuridicidad, pudiendo quedar excluida por las causas de justificación” (Welzel, 2004, p. 124).

De acuerdo a la graduación de valores de la antijuridicidad se define si el hecho es antijurídico o conforme al ordenamiento jurídico, estableciendo si la conducta desplegada contraviene el derecho, este es el sentido de contradicción con el derecho. Por ello la antijuridicidad no es calificable, en las palabras del profesor Bacigalupo (1999) “(...) un hecho es o no antijurídico, pero no puede ser más o menos antijurídico” (p.352) refiriéndose que el aspecto de la antijuridicidad no se puede confundir con la ilicitud (el hecho típico y antijurídico).

Por el contrario, “la antijuridicidad es un juicio negativo de valor de una conducta humana frente a la norma, la acción es contraria al ordenamiento jurídico cuando desconoce un mandato legal” (Von Belling, 2002, p. 48). Al elaborarse el análisis con las conductas desplegadas causando lesiones y muerte por parte de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional nos encontramos frente a conductas típicas que vulneran un mandato legal pero que se convierten en atípicas por una causa que las justifica.

Se debe entender que la antijuridicidad tiene un concepto formal y otro material, el profesor Villavicencio (2006) establece que: “la antijuridicidad es un concepto único que tiene un aspecto formal y otro material” (p. 529).

2.5.1. La antijuridicidad formal

La antijuridicidad formal viene a ser la contradicción que existe entre la conducta y el ordenamiento jurídico, esto quiere decir que es la oposición al mandato normativo. Por ello “consiste en la oposición a la norma derivada de un comportamiento atribuible a un sujeto” (Plasencia Villanueva, 2004, p.135).

2.5.2. La antijuridicidad material

La antijuridicidad material está enfocada en la ofensa socialmente nociva a un bien jurídico que la norma busca proteger, esta afectación al bien jurídico puede ser una lesión o una puesta en peligro (Villavicencio Terreros, 2006, p. 529). Con esto se pretende destacar la violación de intereses vitales para la organización social, es así que “(...) exige una acción contraria al derecho positivo, la violación de algún orden superior de la valoración de las conductas o la lesión de algún interés considerado importante para la sociedad” (Plasencia Villanueva, 2004, p.135).

2.5.3. Injusto y espacio fuera del derecho

La teoría que predomina establece que la base de una conducta típica es, o conforme a Derecho o antijurídica, según se pueda referir a una causa de exclusión del injusto. Frente a estas circunstancias una posición minoritaria opina que habría una tercera categoría a lo que se le llama un espacio fuera del Derecho (o jurídicamente libre o exento), en lo cual el legislador se reservaría su valoración y dejaría la conducta del individuo a merced de su decisión personal en conciencia (Roxin, 1997, p. 567).

Roxin (1997) manifiesta que: se puede utilizar el ejemplo del conflicto entre vida y vida, así las indicaciones de estado de necesidad en el aborto o en caso de la denominada comunidad de peligro en donde dos montañeros cuelgan de una cuerda que solo puede soportar a uno, y el de arriba corta la cuerda para salvarse el menos él, o también la colisión entre deberes de actuación equivalentes como es el caso de que un padre, cuyo dos hijos corren peligro de ahogarse, solo puede salvar a uno de ellos a su elección y tiene que dejar ahogarse al otro (p. 567).

Bajo este contexto sería ilógico aceptar en absoluto la construcción del espacio fuera del Derecho. Puesto que una vez que la conducta se valora como típica y en tal razón se

ha vulnerado un bien jurídico, el “Derecho ya no podría retroceder en una valoración por el sistema de “retirar sus normas”, ni siquiera para determinados casos” (Roxin, 1997, p. 568). Es así que al realizarse la acción de vulneración contra la vida el cuerpo y la salud por parte de las Fuerzas Armadas o de la Policial Nacional, esto conlleva a una acción típica, no se espera que la conducta que se regula como tal se encuentre fuera del marco del derecho, puesto que si esto se determinaría así, estaríamos frente a una atipicidad de la acción.

Si utilizamos la legítima defensa como mecanismo de ejemplificación se terminaría que una agresión no prohibida, situada terminológicamente en el espacio fuera del lugar en el Derecho, en todo caso vendría a no ser una agresión antijurídica y por tanto consecuentemente no podría dar a lugar a un derecho a la legítima defensa propia o ajena (Roxin, 1997, p. 568). Bajo este contexto al encontrarnos en el supuesto de lesionar o causar la muerte, estas acciones no serían una agresión antijurídica como lo establece el artículo 106 del Código Penal y por tanto no podría dar lugar a un derecho del cumplimiento de un deber.

2.5.4. Antijuridicidad y unidad del ordenamiento jurídico

En este punto es importante determinar si la juridicidad (conforme a derecho) o antijuridicidad de una acción ha de

determinarse unitariamente para todo el ordenamiento jurídico, o “será para todos los campos del derecho, o si por el contrario puede enjuiciarse de modo diferente según las peculiaridades de las materias jurídicas concretas” (Roxin, 1997, p. 570), determinando para ello que en el campo del derecho penal existen peculiaridades y en tal sentido se plantea una doble cuestión:

- A. ¿Las autorizaciones o derechos de intromisión del Derecho civil o del Derecho público excluyen en todos los casos y circunstancias la antijuridicidad de una conducta típica?
- B. ¿Significa la prohibición de una conducta en Derecho civil o público en todos los casos y circunstancias que esa conducta, si encaja simultáneamente en el tipo de una ley penal, también supone un injusto penal?

A la primera pregunta el profesor Roxin (1997) manifiesta que: “se respondería positivamente, pues de lo contrario estaríamos frente a una contradicción axiológica insoportable, y contradiría además la subsidiariedad del Derecho penal como recurso extremo de la política social, que una conducta autorizada en cualquier campo del Derecho” (p. 570) no obstante fuera castigada penalmente. Es importante recordar la tan mencionada unidad del ordenamiento jurídico, que abarcan todas las normas vigentes en el territorio nacional, tan exacto como

el principio de que las causas de justificación relevantes en Derecho penal proceden de todo el ámbito del ordenamiento jurídico.

En relación a la segunda pregunta el profesor Roxin manifiesta que no se puede responder, con un sí, pues ni es conceptualmente necesario, ni tan siquiera conveniente siempre político-criminalmente, castigar también una actuación prohibida civil o administrativamente cuando simultáneamente encaja en un tipo. La regla general responde a que si una conducta es típicamente delictiva y al mismo tiempo infringe la prohibición expresa de otra rama del Derecho, también será preciso combatirla mediante el Derecho penal.

Pero no necesariamente tiene que ser así, puesto que una prohibición procedente de otro campo del Derecho pretende primariamente originar consecuencias jurídicas específicas de ese campo jurídico y el Derecho penal no tiene que adherirse incondicionalmente a estos con sus sanciones mucho más graves (Roxin, 1997, p. 570).

2.5.5. Sistema de las causas de justificación

En el campo de las causas de justificación no se ha podido establecer una “sistematización fructífera y al parecer tampoco se podría lograr de modo cerrado y definitivo”

(Roxin, Derecho Penal. Parte General, 1997, p. 570), en ese sentido los puntos de vista que pueden dar lugar a que se excluya el injusto material de una acción pese a que pueda encajar en el tipo penal; con ello se debe entender que el número de causas de justificación se encuentran presentes en todo el ordenamiento jurídico por ello es amplio y está sometido en las intervenciones de la autoridad y con ello a necesidades cambiantes, que unos principios unitarios, y que además tengan capacidad expresiva en cuanto al contenido, en todo caso solo pueden tener una validez limitada. Mientras que las clases de delito descritas en los tipos detenciones, allanamiento de morada, lesiones, etc., representan una cierta estática, a través de las causas de justificación penetra la dinámica de los cambios sociales en la teoría del delito. Las causas por las que está permitido detener a personas, penetrar en domicilios o efectuar intervenciones con repercusión sobre la integridad física, cambian constantemente. Cada modificación del ordenamiento penal, cada revisión de las leyes, así como los cambios en las concepciones sobre los derechos de corrección.

En este sentido las denominadas teorías monistas, que intentan reconducir las causas de justificación a una idea rectora omnicomprensiva, tienen necesariamente que

quedarse en un plano abstracto y sin contenido. Para ello ha sido importante la teoría del fin, y según la cual una conducta típica estará justificada cuando sea “el medio adecuado para conseguir un fin reconocido por el legislador como justificado” (Roxin, 1997, p. 573). Para ello Roxin (1997) cita a Schmidhauser que tal vez establece: “una causa de justificación en el delito de acción es el fragmento del curso del hecho que contiene un respeto al bien prioritario frente al bien lesionado de modo típico” (p. 573); y con ello se verificaría que lo valioso del respeto al bien jurídico es prioritario frente a lo desvalido de la lesión del bien jurídico. En atención a las teorías monistas se presentan como aquellas teorías pluralistas que reconducen la justificación a dos principios: el del interés preponderante y el de la ausencia de interés. Aquí, al igual que en la distinción entre el principio del derecho preponderante y el principio de la ausencia de injusto, se trata sustancialmente de asignar un lugar autónomo en el sistema de las causas de justificación al consentimiento y como consecuencia del mismo al consentimiento presunto (Roxin, 1997, p. 574).

Se determinaría que la estructura de las causas de justificación solo sería posible mediante un enfoque pluralista; pero éste no se puede llevar a cabo por la vía de una sistematización cerrada y definitiva en sus contenidos,

sino solo perfilando la antijuridicidad material mediante la elaboración de los principios ordenadores sociales en los que se basa. Esos principios ordenadores se presentan en número y combinación diferentes en las diversas causas de justificación; operando como directrices interpretativas para concretar su contenido y permitir ver tanto la estructura de las causas de justificación en particular (Roxin, 1997, p. 575).

2.5.6. La concurrencia de las causas de justificación

Todas las causas de justificación rigen cumulativamente, es por ello que quien es sorprendido y detenido in fraganti como por ejemplo a un ladrón que huye con el botín, está justificado en este sentido su detención, es así que cuando las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional en el ejercicio de sus funciones realizan acciones que atentarían bienes jurídicos legalmente tutelados, estos tendrían una justificación que los exime de responsabilidad, esta sería una de las excepciones a las reglas de la conducta antijurídica, ya que la consecuencia jurídica va más allá del acto justificante (Roxin, 1997, p. 577).

Determinar que los derechos y necesidades que suponen causas de justificación excluyen de responsabilidad penal al momento de la vulneración de los bienes jurídicos, no estaremos ante los supuestos de rellenar simplemente

marcos valorativos que carecerían de práctica, con ello hacemos referencia que al concurrir una causa de justificación, esto debería determinar las acciones u omisiones por parte de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, y no conllevar a determinar diferentes aristas del comportamiento, con ello queremos enfatizar en la determinación de la acción punible y su antijuridicidad.

El artículo 20 inciso 11 del Código Penal, determina que es causa de justificación de la conducta antijurídica el causar lesiones o muerte en el ejercicio de funciones de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, con ello podemos determinar que en la realidad muchas de las veces no tienen asidero jurídico, y por encima de ello las acciones de atentados contra los bienes jurídicos son siempre castigados e investigados.

2.5.7. Cuestiones de error en las causas de justificación

Al encuadrar las cuestiones de error de las causas de justificación, nos lleva a tratar uno de los problemas más discutidos de la teoría del error y esto vendría a ser el de cómo se debe enfocar el caso en el que el sujeto se representa erróneamente los presupuestos objetivos de una causa de justificación, ahora bien el ejemplo más conocido es el de la legítima defensa putativa: alguien toma por un

ladrón que le ataca al transeúnte que se le aproxima a toda prisa a preguntarle el camino o la hora, y le mata de un disparo. Pero también en todas las otras causas de justificación pueden producirse situaciones análogas como por ejemplo una persona se le ocurre interrumpir un culto religioso en la suposición errónea de que se ha declarado un incendio en el pueblo (estando de necesidad putativo); alguien detiene y resulta que ha sido una confusión y el detenido es un sospechoso invocado (Roxin, 1997, p. 579).

A. La teoría de los elementos negativos del tipo, en este sentido la suposición equivocada de circunstancia justificantes es un error de tipo que excluye el dolo por aplicación inmediata y conduce, en su caso, a la punición por delito imprudente. Según esta teoría la no concurrencia de circunstancias justificantes pertenece por tanto también al tipo legal.

B. La teoría restringida de la culpabilidad, que es de defendida por notables voces en la literatura científica y en líneas generales, llega al mismo resultado de excluir el dolo, aplicando al error de tipo permisivo, si bien no de forma inmediata, sino por analogía. Parte por tanto de la idea de que el tipo legal, solo se refiere al tipo de delito, llega al mismo resultado de excluir el dolo, aplicando al

error del tipo permisivo, si bien no de forma inmediata, sino por analogía. Parte por tanto de la idea de que el tipo legal solo se refiere al tipo de delito comprendido en las descripciones del hecho de la parte especial, pero pretende tratar la suposición errónea de una situación justificante como un error de tipo.

C. La teoría de la culpabilidad que remite a las consecuencias jurídicas, no atribuye efecto excluyente del dolo al error de tipo permisivo, pero pretende sobre todo en virtud de la culpabilidad disminuida del sujeto equiparar en sus consecuencias jurídicas el hecho en su opinión doloso a un delito imprudente. Se pena por tanto al sujeto doloso por analogía como a un sujeto imprudente. En su resultado esta teoría no se diferencia de la teoría restringida de la culpabilidad en el tratamiento del error, sino sobre todo en que hace posible la participación de un sujeto de mala fe en el hecho del que sufre el error: dado que la participación presupone el dolo del autor, pero no su punición, se puede afirmar una participación punible, aun cuando no se castigue el autor.

D. La teoría de la culpabilidad independiente en cuanto a las consecuencias jurídicas se desliga por completo en el tratamiento del error de tipo permisivo. No solo parecía un

delito doloso, sino que además construye un marco penal propio para el caso de sensibilidad del error. A este respecto, proceden no solo aplicando obligatoriamente la atenuación sino propugnando además permitir que se rebase hacia abajo el marco penal del delito doloso aplicando analógicamente pretende tratar de *lege ferenda* el error vencible sobre presupuestos objetivos o materiales de una causa de justificación en sus consecuencias jurídicas siempre como un delito imprudente hasta aquí en coincidencia con la teoría de la culpabilidad que remite a las consecuencias jurídicas. Pero esto regiría y en esto estriba la independencia de la consecuencia jurídica incluso cuando la ley no conmine con pena en los demás casos la actuación imprudente.

E. La teoría de los elementos negativos del tipo, al incluir los presupuestos de la justificación en el tipo legal como circunstancias negativas, alcanza mediante la aplicación inmediata el mismo resultado al que llega la teoría restringida de la culpabilidad con la analogía. No existen objeciones estructurales decisivas a esta concepción. Se mantiene también dentro del marco de una interpretación teóricamente admisible puesto que el legislador ha dejado expresamente abierta la posibilidad de que en el caso del error sobre los presupuestos de causas de justificación se

trate de un error de tipo. Tampoco la teoría de la culpabilidad que remite a las consecuencias jurídicas se diferencia en su resultado práctico de la teoría restringida

2.5.8. Causas de justificación

Las causas de justificación convierten una conducta típica en atípica, así afirmamos que existen causas por las cuales los hechos desplegados contrarios a derecho tiene una justificación por lo que aún el sujeto al contravenir el ordenamiento jurídico estarían exento de una responsabilidad penal; es preciso aclarar que las causas de justificación no se encuentran relacionadas directamente con el derecho penal sino que se encuentran en todo el ordenamiento jurídico, es así que el profesor Villavicencio (2006) establece: “es preciso mencionar que las causas de justificación no son un problema específico del derecho penal, sino del ordenamiento jurídico en su conjunto; ya que, el catálogo de causas de justificación es un catálogo abierto “*numerus apertus*” (p.531).

Se debe entender que las causas de justificación son casos excepcionales, en los cuales la norma deja de ser respetada; “El orden jurídico permite entonces su violación. Admite, en consecuencia, la lesión del bien jurídico protegido” (Hurtado Pozo, 1987, p. 214). Dentro de los estudios realizados se ha elaborado todo un sistema de causas de justificación para

formular principios generales que permitan introducir nuevas causas de justificación, en este contexto se puede distinguir dos clases de sistemas tales como el sistema monista y el sistema pluralista.

Las teorías monistas de las causas de justificación, que intentan conducir las causas de justificación a una idea rectora, tienen en este sentido que detenerse en el plano abstracto y sin contenido, en este punto se determinan que las teorías del fin han sido más importantes y que han influido hasta en la actualidad; por lo cual una “conducta típica estará justificada cuando sea el medio adecuado para conseguir un fin reconocido por el legislador como justificado” (Roxin, 1997, p. 973).

Las causas de justificación tienen su fundamento en la ponderación de intereses que se afectan, pero “¿Cuándo puede entenderse que una determinada causa de exclusión de la responsabilidad penal justifica la conducta y no solo excluye la responsabilidad?” (Mir Puig, 1982), p.89. Un hecho no vendría a ser típico cuando no es suficientemente peligroso para una especial tutela penal.

Es importante establecer que las causas de justificación y las causas de inculpabilidad tiene diferencias tales como: las

causas de justificación además de impedir la pena, convierte el hecho en lícito, lo que no ocurre con la de culpabilidad que solo impide la pena. Para que la conducta típica se convierta en atípica tienes que concurrir causas que justifiquen dicho comportamiento para ello la doctrina establece las siguientes causas de justificación: legítima defensa, estado de necesidad, cumplimiento de un deber, consentimiento del ofendido, ejercicio de un derecho.

El artículo 20 del Código Penal vigente, establece las causas de justificación, las cuales lo regula de la siguiente manera:

Artículo 20.- Está exento de responsabilidad penal: (...) inciso 11. El personal de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional del Perú que, en el cumplimiento de su deber y en el uso de sus armas u otro medio de defensa, cause lesiones o muerte.

La causa que justifica la conducta típica del sujeto agente (Fuerzas Armadas o Policía Nacional), que pueda causar lesiones o muerte está dentro del cumplimiento de un deber; “el fundamento de que el cumplimiento de un deber sea causa de justificación, no puede verse en la sola idea de la unidad del ordenamiento jurídico” (Mir Puig, Derecho Penal. Parte General, 2004, p. 475), ello abarcaría a establecer que

no todo lo lícito para el derecho penal lo sería también para todo el ordenamiento jurídico; no debemos olvidar que el derecho penal impone un castigo por algo más que el ordenamiento jurídico, debemos entender que la función de castigar está unida al principio de ultima ratio.

A. El cumplimiento de un deber como causa de justificación

Durante el desarrollo de la presente hemos visto que las conductas antijurídicas que determinan una acción típica, por una causa que justifique dicho comportamiento puede transformar una conducta en atípica.

El profesor Mir Puig (2004) describió que:

Pero para que el cumplimiento de un deber pueda justificar un hecho castigado con carácter general por la ley penal ha de poder entenderse que el ordenamiento jurídico mantiene la exigencia del deber pese a la prohibición general que el Derecho penal prevé de la conducta debida o permitida (p.476)

La exigencia del deber es el mandato imperativo que se tendría que cumplir para el funcionamiento correcto del Estado, aun cuando en el cumplimiento del mismo se vulneren derechos, la justificación recaería directamente en el cumplimiento del mandato imperativo que sobre pasa la conciencia del sujeto que la realiza. Vale preguntarse si el atentado contra el bien jurídico vida es previsible para justificarlo con el mandato del

cumplimiento de un deber; pueden darse en el mundo fáctico hechos moralmente reprochables es más existen circunstancias en las cuales es preferible eliminar a un sujeto, pero ello no es concordante con el Estado social y democrático de derecho.

En el contexto en el que vive el país, atormentado por la delincuencia y por la falta de una política criminal sería para combatirla, los encargados de legislar promulgan en el año 2007 el inciso 11 del artículo 20, con el objetivo de luchar contra la delincuencia, considerando que al tener las fuerzas del orden mayor facilidades para realizar su labor de control interno del país, podrían dotarlos de cierta impunidad al momento de causar lesiones o muerte, entendida éstas como vulneraciones a la vida, el cuerpo y salud en su modalidad de lesiones o muerte.

“En este supuesto es la propia ley penal la que crea el deber de lesionar algún bien jurídico penalmente protegido” (Mir Puig, Derecho Penal. Parte General, 2004, p. 477). Así por ejemplo el imponer el deber de impedir determinados delitos, lo que bien supone el deber de realizar determinadas coacciones, malos tratos lesiones e incluso la muerte. En este contexto el cumplimiento del deber deriva del cargo que tienen tanto las Fuerzas

Armadas como la Policía Nacional, cuando en el ejercicio de un deber se lesiona un bien jurídico, este viene a ser el presupuesto de la eximente, sin ello no habría el supuesto de la causa de justificación de la antijuridicidad.

Con ello, podemos expresar que la conducta antijurídica realizada por las fuerzas armadas constituye el desprendimiento de la voluntad del poder legislativo del Estado, ello referido a la voluntad popular encarnada en el mandato de lesionar un bien jurídico en salvaguarda de la tranquilidad social. Sin embargo, esta consideración tiene un carácter represivo considerando que la Constitución Política del Perú, protege derechos y ampara bienes jurídicos que permiten una vida en sociedad adecuada y no caer en una anarquía.

Se debe distinguir que la creación de una norma conlleva a separar entre la voluntad del legislador y el deseo. Si partimos que el legislador busca proteger bienes jurídicos, hablamos de la voluntad de este al momento de legislar, pero a la vez desea que se acabe con la criminalidad, esto es, el hecho de menguar la criminalidad conlleva a preguntarse el porqué de la delincuencia; con un pensamiento poco razonado diremos que la delincuencia se combate con la fuerza del Estado, esto es con las

fuerzas armadas y obligando a los malos a sentir miedo por sus actos, a través de esta frustración lleva al legislador a querer solucionar la criminalidad con normas; empero, ello acarrea que se utilice el derecho penal como un instrumento castigador más no de control de la sociedad.

Si a través de la legislación se pretende permitir la lucha frontal contra la delincuencia, el fomento de normas que den un mensaje a la sociedad alentador seguirán formando parte del repertorio de la legislación con ello queremos establecer que durante los últimos años, el legislador nacional ha incrementado normas que resguarden bienes jurídicos y que castiguen al autor de conductas reprochables, pero en su afán de dar un mensaje alentador a la sociedad ha utilizado al derecho penal como un símbolo de lucha contra la delincuencia.

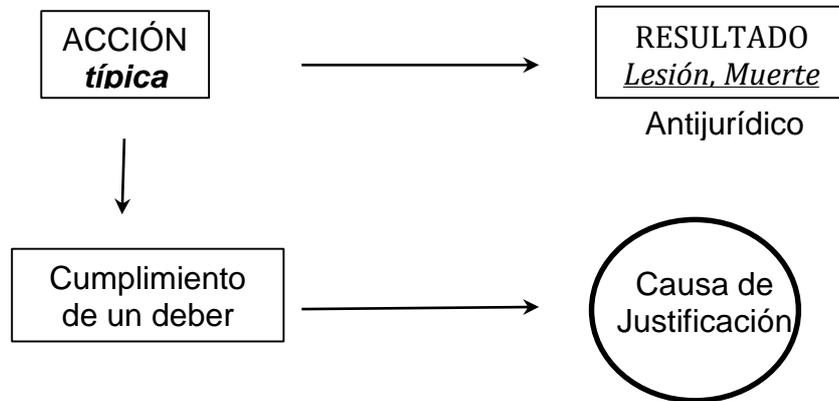
Sin embargo, denominar lo prescrito en el artículo 20 inciso 11 del Código Penal como “causal de inimputabilidad sería un error, más allá de que el legislador lo denomine de esa manera” (Pérez López, 2016, p. 325); si afirmáramos lo prescrito con anterioridad significaría que los policías y militares carecerían de la motivación normativa cuando ellos

actúan en cumplimiento de un deber, esto acarrearía que el cumplimiento del deber militar o policial mantenga la esencia de una causa de irreprochabilidad queriendo especificar ausencia de la culpabilidad, empero; en este punto existen cuestionamientos que se debería tomar en cuenta. Tal es el caso que la exigibilidad de una conducta cambiará de acuerdo al conocimiento que tenga una persona que se le imputa el injusto penal; por ejemplo el conocimiento de un ciudadano de la zona rural será diferente al conocimiento que tenga un ciudadano de la zona urbana y a la vez, el conocimiento de lo antijurídico que tenga un ciudadano común será diferente al conocimiento que tenga un militar o un policía puesto que ellos por sus entrenamientos y adiestramientos el nivel de exigencia de motivación es más elevado que la de un ciudadano promedio.

Apartándonos de esta postura, se puede evidenciar que la naturaleza del artículo 20 inciso 11 del Código Penal sería la de una causa de atipicidad objetiva esto es la ausencia de imputación objetiva.

En este punto es importante indicar que la figura en análisis es muy semejante al cumplimiento del deber genérico regulado por el artículo 20 inciso 8 del Código

Penal, por esta razón se sostiene que no existía necesidad para incorporar la eximente regulada en el inciso 11 del código Penal.



B. Causas de justificación en el ordenamiento policial y militar

Al ingresar al plano de la legislación policial y militar, a fin de verificar si la misma guarda armonía en lo que a causas de justificación se refiere con lo previsto en el Código Penal.

El artículo 46 de la Ley 28338, de fecha 13.08.2004, "Ley del Régimen disciplinario de la PNP" prescribe lo siguiente:

- a. Artículo 46: exención de Responsabilidad (...) 2. El que obra por disposición de una norma legal, en cumplimiento de un deber o en virtud de un mandato judicial, siempre que se actúe con la diligencia debida.

b. El inciso 2 de este precepto es similar al inciso 8 del artículo 20 del Código Penal, pues este prescribe: “el que obra por disposición de la ley, en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo”. Como podemos darnos cuenta el artículo 46 regula las mismas modalidades normadas por el Código Penal; sólo con la diferencia que en lugar de decir “por disposición de una ley”, señala “(...) disposición de una norma legal”. Y en lugar de prescribir “(...) en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo”, esta Ley señala “(...) en virtud de un mandato judicial, siempre que se actué con la diligencia debida”.

De la misma forma, estas facultades que eximen de pena a los efectivos policiales, se condicen con el artículo 10 del Reglamento de la Ley de la Policía Nacional del Perú, promulgada mediante Decreto Supremo N.º 008-2000-IN, que prescribe lo siguiente: “Artículo 10.- Atribuciones de la Policía Nacional del Perú.- Son atribuciones de la Policía Nacional, a través del Personal Policial, las siguientes: 10.1.- intervenir en toda circunstancia cuando el ejército de la función policial así lo requiera, por considerarse permanentemente de servicio. La función policial se cumple a través de operaciones policiales

planificadas. Excepcionalmente, actuará sin este requisito en caso de auxilio, comisión de delitos, faltas y contravenciones de policía”.

Por lo descrito, se advierte que las causas de justificación contenidas en el artículo 20 inciso 8, en realidad, son las mismas que presenta el artículo 46, inciso 2 de la Ley 28338 “Ley del Régimen disciplinario de la PNP”.

2.5.9. Requisitos para la configuración del artículo 20 inciso 11 del Código Penal

A. Encontrarse en peligro la vida o la salud de militar, policía o de un tercero

Bajo este contexto se debe entender que el policía o militar actúa bajo el conocimiento de que su conducta se ajusta a derecho, porque en primer lugar actuaría en “cumplimiento de sus funciones y en segundo lugar lo hace bajo los alcances del principio de proporcionalidad” (Pérez López, 2016, p. 326). Siendo en este modo las lesiones o muerte que se causan a raíz del uso de la violencia, con ello se tiene en cuenta que es irrelevante jurídico – penalmente que el autor (militar o policía) tenga un ánimo distinto; verbigracia citando a Jorge Pérez López: “que además esté presente un elemento volitivo especial, un animus, es decir, que quiera también causar lesiones a esa persona”.

Es así; “la eximente de cumplimiento de un deber que se desarrolla no está consignada para amparar la defensa de las personas de la autoridad o sus agentes, sino más bien para garantizar la defensa del derecho y de los intereses ajenos por los que debe velar la fuerza pública” (Pérez López, 2016, p. 327). Con ello se debe entender que, en el marco de la defensa del derecho, la eximente del cumplimiento de un deber acarrea lesionar bienes jurídicos, no interesando para la presente un animus extra, esto es que verdaderamente se quiera causar lesiones o la muerte a una persona.

B. Que el militar o policía actúe en cumplimiento de un deber

En este punto se debe considerar que es un error querer establecer que en todos los casos en donde ocurra una muerte o lesión debido al uso de armas por parte de la policía o las fuerzas armadas siempre hay un caso de cumplimiento de un deber, esta circunstancia solo se produce cuando una ley, un acto administrativo o un reglamento de la policía autorice expresamente la resistencia armada de causar lesiones o muerte.

Para ello si nos regimos por el principio de unidad del ordenamiento jurídico el “legislador no puede considerar como comportamiento típico tanto el cumplimiento de un deber como su incumplimiento” (Pérez López, 2016, p. 327). Para ello lo necesariamente relevante es que el funcionario público no defraude una expectativa normativa esto es el deber especial.

El cumplimiento del deber trae consigo que la sociedad se mantenga organizada y que la norma sea la que rijan el cumplimiento del deber, y con ello mantener el sistema social y el respeto a toda forma de imputación penal. Se debe entender que el “cumplimiento de la legalidad está establecida de manera genérica y abstracta sin que su validez dependa de la voluntad o discrecionalidad del obligado” (Pérez López, 2016, p. 327). A continuación diferenciamos entre el cumplimiento de un deber y ejercicio del derecho:

<u>DIFERENCIAS</u>	
Cumplimiento del deber	Ejercicio del Derecho
1. Se trata de una situación compulsiva. 2. El titular está necesariamente obligado a actuar porque si no lo hace (omite) su comportamiento será delictivo.	1. Se trata de una situación potestativa. 2. El sujeto puede ejecutar o no la acción y en ambos casos actúa lícitamente.

Al referirnos al cumplimiento del deber castrense o policial, el cual prescribe el artículo 20 inciso 11 del Código Penal, la actuación de estos agentes lesionando bienes jurídicos como la vida o la salud; se debe interpretar de acuerdo a los límites constitucionales y los principios de un derecho penal garantista, esto quiere decir que esta norma penal operará cuando la actuación del militar o policía esté limitada por el principio de proporcionalidad (exigencia constitucional) y por el principio de menor lesividad posible (exigencia del derecho penal garantista).

“El cumplimiento de un deber supone el despliegue de una conducta amparada por el ordenamiento

jurídico” (Pérez López, 2016, p. 329); esta causa de justificación se configura siempre y cuando el cumplimiento del deber o el ejercicio del derecho se hayan realizado dentro de los límites legales y conforme a derecho corresponda. Para ello en el mismo orden de ideas, la eximente regulada en el artículo 20 inciso 11 del Código Penal, “solo se configura cuando se pruebe que el militar o policía utilizó su arma en cumplimiento de sus deberes y dentro de los márgenes legales” (Pérez López, 2016, p. 329).

C. La utilización de armas u otro medio de defensa

A lo largo de la historia, la humanidad ha ido encajándose, adaptándose a su medio y abriéndose paso de forma, generalmente, violenta. Pero, en la antigüedad, las armas con las que se hacía la guerra eran muy limitadas: espadas, lanzas y flechas, fundamentalmente.

Los hombres tenían que combatir cuerpo a cuerpo y eso limitaba sus posibilidades (Ministerio de Defensa, 2011, p. 09). Hoy en día la situación es completamente distinta. Las armas son infinitamente más eficaces y algunas de ellas pueden producir bajar y destrucción en grandes proporciones. Esto ha llevado a los pueblos y a los

gobernantes a comprender que la guerra ya es tan peligrosa que puede suponer la desaparición de la vida en nuestro planeta (Instituto de Defensa Legal, 2013, p. 09).

“El juzgador tiene la tarea de conocer la legislación vigente y aplicarla de conformidad al caso sometido a su jurisdicción” (Instituto de enseñanza para el desarrollo sostenible, p. 01). En el caso de las armas de fuego que se encuentran involucradas en procesos judiciales se aplica la normativa contenida en distintos cuerpos legales para manejar la evidencia en una escena del crimen, para incorporarla como prueba en un debate, para darle valor probatorio si es el caso, en fin, en diferentes actividades y etapas del proceso.

La ley de armas y municiones regula específicamente las actividades relacionadas con armas de fuego y municiones, así como también crea diferentes tipos penales sobre la materia. “Un diagnóstico sobre la aplicación de la legislación en materia de armas y municiones con jueces y juezas de Juzgados de Paz, Primera Instancia y Sentencia, estudiándose distintos casos ejecutoriados en los cuales se involucraban armas y municiones” (Instituto de enseñanza para el desarrollo sostenible, p. 03).

De conformidad a los casos estudiados, así como al diagnóstico elaborado, se realiza el presente estudio de casos con el fin de servir de herramientas para los Jueces y Juezas en la tarea diaria de impartir justicia y específicamente en la aplicación de la legislación en materia de armas y municiones.

Para este sentido empezamos definiendo el arma de fuego con la que se podrá determinar sus características y su funcionalidad.

Por arma de fuego se entiende lo siguiente: cualquier arma que conste de por lo menos un cañón por el cual una bala o proyectil puede ser descargado por la acción de un explosivo y que haya sido diseñada para ello o pueda convertirse fácilmente para tal efecto, excepto las armas antiguas fabricadas antes del siglo XX o sus réplicas; o cualquier otra arma o dispositivo destructivo tal como bomba explosiva, incendiaria o de gas, granada, cohete, lanzacohetes, misil, sistema de misiles y minas (Instituto de enseñanza para el desarrollo sostenible, p. 09).

Debe tomarse en cuenta, que, de conformidad a la definición anterior, la clasificación como arma de fuego radica en el propósito del arma o del objeto, es decir que pueda

descargarse una bala o proyectil, y por lo tanto como arma de fuego puede catalogarse desde una pistola de fabricación industrial hasta un arma hechiza o de fabricación casera, ya que ambas poseen cañón por el cual puede descargarse una bala o proyectil (Instituto de enseñanza para el desarrollo sostenible, p. 10).

Es necesario tomar en cuenta que las armas hechizas producen los mismos efectos que las armas de fabricación industrial, igualmente hieren, amedrentan o matan y por lo tanto deben catalogarse como armas de fuego.

Las armas de fuego también se las caracteriza por defensivas y ofensivas tales como se muestra (Instituto de enseñanza para el desarrollo sostenible, p. 09):

a. Armas defensivas: Revólveres, pistolas semiautomáticas de cualquier calibre; escopetas de bombeo, semiautomáticas, de recarga y antecarga, siempre que el largo del cañón no exceda 56 centímetros o 22 pulgadas.

b. Armas deportivas: Armas de fuego deportivas cortas: pistolas y revólveres utilizados en eventos internacionales, olímpicos y otros organizados por las

Federaciones Nacionales de Tiro y entidades deportivas reconocidas por la ley. Armas de fuego deportivas largas: rifles, carabinas y escopetas, utilizadas en eventos internacionales, olímpicos y otros, organizados por las Federaciones Nacionales de Tiro y entidades deportivas reconocidas por la ley

Armas de fuego deportivas de caza: revólveres, pistolas, rifles, carabinas, escopetas u otras características, cuyo alcance o poder haya sido diseñado para tal propósito.

C. Armas ofensivas: Son las que fueron fabricadas para uso bélico o modificadas para el efecto.

- De uso individual: pistolas de ráfaga intermitente múltiple y/o continua, subametralladoras y fusiles militares y de asalto.

- De manejo colectivo: ametralladoras ligeras y pesadas, cañones ametralladores, cañones, aparatos de lanzamiento y puntería de granadas y proyectiles impulsados o propulsados.

D. Armas permitidas: La Ley de Armas y Municiones establece que se permite la tenencia y portación de armas de fuego defensivas y deportivas, siendo ésta la regla general. Sin embargo, con autorización del Estado Mayor de la Defensa Nacional puede obtenerse tarjeta de tenencia o licencia de portación de armas ofensivas, esta autorización es extraordinaria.

A. Armas hechas / caseras o de fabricación artesanal: En los inicios, y en algunos casos todavía, las armas hechas representaron un problema para los juzgadores ya que, para algunos, las mismas no podían considerarse como armas de fuego, a pesar de contar con las características propias de un arma de fuego. Para Luis Enrique Letrán Talento, las armas hechas son “piezas de metal adaptadas entre sí y recamaradas para efectuar un disparo con munición de tipo industrial”; es decir son tubos o piezas de metal que utilizan un percutor que pueden disparar.

Según José Ermides López Marroquín, perito del Laboratorio de Balística, de las armas peritadas por estar involucradas en hechos delictivos, puede afirmarse “que, de cada 10 armas, 4

son legales y 6 son ilegales, y de estas últimas 6, 2 son armas rústicas o hechizas. Lo anterior hace concluir” (Instituto de enseñanza para el desarrollo sostenible, p. 10), que las armas hechizas seguirán estando presentes en procesos judiciales por mucho tiempo y que, por lo tanto, es necesario uniformar criterios al respecto.

En la configuración del artículo 20 inciso 11 del Código Penal la cuestión del uso de armas por parte de los funcionarios encargados de la custodia de la sociedad, es en ellos que se justifica el uso de las mismas de manera adecuada. Sin embargo, con la modificatoria última que sufre el inciso 11, las armas que pueden emplear los funcionarios públicos (militares o policías) para combatir el crimen son múltiples, esto es, ya no es necesario que utilicen su arma “*reglamentaria*” sino que pueden emplear cualquier arma o medio en general. “Esto quiere decir que la normatividad pretende desvincularse del arma reglamentaria que la propia institución otorga” (Pérez López, 2016, p. 330), dejando la posibilidad que la actuación de los militares o policías realicen actuaciones con cualquier tipo de arma sin importar su procedencia.

E. Que afecte la vida o la salud del agresor

Al hablar de este supuesto, “debemos entender que no se podría configurar esta institución cuando se dispare y cause

la muerte de una persona justamente para capturarlo, la razón se encuentra no solo en que la policía se haya excedido en el cumplimiento de su deber” (Pérez López, 2016, p. 330) sino también que en ningún momento se haya puesto en peligro la vida del efectivo o la de un tercero.

Para poder determinar con claridad la conducta de los policías o militares que causen lesiones o muerte, es preciso remitirse a las normas que regulan las funciones y actuaciones de la Policía Nacional del Perú de las Fuerzas Armadas; esto es el reglamento de la Ley Orgánica de la Policía Nacional del Perú (D.S. N.º 008-2000-IN) es por ello que el artículo 11.3 dispone que son facultades de la Policía Nacional, “a través del personal policial: poseer, portar y usar armas de fuego de conformidad a la Constitución y normatividad legal vigente” (Pérez López, 2016, p. 330).

Para ello la afectación de la vida o la salud debe responder al principio de proporcionalidad constitucional ya que el uso de armas u otros medios de defensa deben encajar como presupuestos materiales en el cumplimiento de un deber especial.

En atención a lo prescrito, se debe entender que el accionar de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional deben

basarse específicamente en el principio de proporcionalidad, ello ameritaría evaluar que en el marco del deber solo se pueda “causar la muerte o lesionar a la víctima cuando se encuentre en peligro *ex ante* la propia vida del Funcionario Público, o la de un tercero” (Pérez López, 2016, p. 330) y no cualquier otro bien jurídico.

Para ello se debe evaluar la proporción y optar por la menor lesividad, entendiendo que el militar o policía debe afectar en caso extremo, primero la salud y posteriormente la vida del agresor, ello si fuera necesario.

Al analizar la exigente en comentario podemos diferir que aplicaría dos principios, por un lado, el principio de proporcionalidad y en otro extremo el principio de prohibición de exceso. La protección al bien jurídico debe hacerse con la medida adecuada, sin vulnerar principios fundamentales, sin establecer agresiones ilegítimas a los bienes jurídicos; al hacer uso de la violencia para provocar lesiones o muerte se debe tener en cuenta dos límites fundamentales que son:

- A. La necesidad racional de la violencia: se considera que el recurso de violencia utilizado haya sido necesario desde un punto de vista racional, para que de esta manera se pueda establecer un orden jurídico, es por

ello si la violencia es innecesaria o no tiene proporción con relación a los hechos que lo han motivado, el accionar de la Policía Nacional y de las Fuerzas Armadas no estará justificada, y estos funcionarios deberán responder penalmente por su conducta.

B. Su adecuación proporcional al hecho: la proporcionalidad está determinada en cierta manera en la medida en que la “discrecionalidad del actuante es amplia y la urgencia que subjetivamente puede entenderse da en el hecho concreto” (Pérez López, 2016, p. 332), y esta circunstancia puede hacer que lo haga dejar de lado la proporción y la urgencia. En las palabras de Bettiol citado por Pérez López manifiesta que: “el uso de las armas debe presentarse como recurso extremo para superar una situación o vencer un obstáculo que se opone a la voluntad de actuación del Estado” (p.332).

Para ser coherentes con un Estado Democrático de Derecho se debe solo utilizar esta eximente cuando la intervención sea necesaria, esto es, que de entre todas las medidas gravosas se coja la menos drástica, por ello el empleo de la fuerza y de las armas por parte del agente policial, solo se puede legitimar cuando la

necesidad lo exija para el cumplimiento del deber y los funcionarios se encuentren frente a una situación extrema, que no pueda ser resuelta sino con el cumplimiento de su deber.

2.2.6. Culpabilidad

La culpabilidad tiene como presupuesto lógico la libertad de decisión del hombre, sin que para ello sea un obstáculo que se considere indemostrable la fundamentación del reproche de la culpabilidad en la libertad de decisión del ser humano como persona individual, en este sentido, para tratar como libre al autor que mantiene intacta su capacidad de gobernarse basta con que otra persona situada en su lugar hubiera podido actuar de otro modo en las mismas circunstancias. El objeto del juicio de culpabilidad es el hecho considerado en atención a la actitud interna jurídicamente desaprobada que él se actualiza, y lo decisivo en este juicio es la culpabilidad por el hecho concreto, aunque también deba otorgarse relevancia a la culpabilidad por la conducción de la vida cuando se analiza, por ejemplo, la evitabilidad del error de prohibición.

El profesor Roxin admite que la culpabilidad es ciertamente insuficiente para justificar la imposición de una pena; pero no dice, y ahí está precisamente el problema, que ello se debe a la debilidad misma del concepto tradicional de culpabilidad que él sigue manteniendo, pues un concepto de culpabilidad se apoya en la posibilidad de actuar de un modo distinto a como realmente se actúa,

es una ficción generalizadora, imposible de verificar empíricamente en el caso concreto.

Como elemento de la teoría del delito la culpabilidad contiene tres elementos entre ellos: la imputabilidad, el conocimiento de la antijuridicidad y la exigibilidad, por lo que se determina lo siguientes:

- A. La imputabilidad
- B. Conocimiento de la antijuridicidad
- C. La Exigibilidad

2.2.7. Fuerzas Armadas y Policía Nacional

La fuerza de coerción por parte del Estado recae sobre las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional, pero cómo, cuándo y para que surge las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional, ello se remonta a la misma creación del Estado. La presente investigación enfoca las atribuciones, facultades y derechos que han ido ganando las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional para el cumplimiento de su deber.

Se establece que las Fuerzas Armadas del Perú están compuestas por el Ejército del Perú, la Marina de Guerra del Perú y la Fuerza Aérea del Perú, en este sentido se considera a la Policía Nacional del Perú dentro de las Fuerzas Armadas, aunque en realidad se trata de un organismo con una misión civil.

La incorporación del inciso 11 del artículo 20 al Código Penal, que aparentemente tenía en sus inicios proteger a los miembros de las

Fuerzas Armadas y la Policía Nacional de procesos penales, habría generado un clima de impunidad para las fuerzas del orden, ya que esta incorporación obligaría a la administración de justicia a absolver a los miembros de las fuerzas policiales y de las fuerzas armadas que realicen una lesión o causen la muerte contra un ciudadano.

2.2.7.1. Antecedentes históricos

A lo largo de la historia las naciones siempre han tenido que protegerse de las invasiones, es por ello que surgen los ejércitos y las guerras se libran así.

La historia de las Instituciones Policiales podría remontarse hasta la época de los incas, es en la etapa republicana donde comienza a perfilarse como una entidad con misión y funciones propias. Los primeros cuerpos de policías aparecen formando parte de las Fuerzas Armadas, en el período de 1825 a 1839. Pasada la “Segunda Guerra Mundial aproximadamente en 1950 se puso en evidencia la necesidad de que las Fuerzas Armadas del Perú, cuenten con una organización conjunta” (Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas).

Frente a estas nuevas exigencias las Escuelas de Guerra y el Centro de Altos Estudios Militares, presentaron un proyecto con el fin de crear una organización donde el planteamiento de la Defensa Nacional se realice en forma permanente, tanto en

tiempos de paz como en tiempos de guerra (Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas).

A partir del Decreto Supremo del 03 de setiembre de 1956, se designó una comisión para el estudio del proyecto de ley para la constitución y normas legalmente en funcionamiento de los organismos de Defensa Nacional, con ello uno de los primeros resultados de la Comisión fue la presentación del Proyecto de creación del Comando conjunto de las Fuerzas Armadas, que sería aprobado por D.S N.º 002-GM/1 del 01 de febrero de 1957 (Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas).

Aproximadamente a fines del siglo XIX, como consecuencia del desastre ocasionado por la Guerra del Pacífico, se genera una reestructuración de las fuerzas armadas. Esta reestructuración traería consecuencias como por ejemplo la aparición en la escena militar de un nuevo paradigma que vendría a cambiar las formas y métodos de lucha de los militares peruanos (L. Paredes, p. 02).

Para los países de Sudamérica, los paradigmas militares preponderantes en dicha época eran de la escuela francesa y prusiana. Planteamientos que tendrían mucha importancia en la aplicación a la realidad. En este fin el Perú confió su visión militar a la escuela francesa, quien termina imponiéndose al interior del

ejército empleando como medio de adoctrinamiento las escuelas y centros de formación creados por los mismos franceses. A partir de ese momento aparecen nuevas formas de aprendizaje y nuevas formas de comando y sobre todo nuevas conceptualizaciones en cuanto al rol del ejército y de los militares. Esta situación implicó importantes contradicciones en las formas de hacer y de pensar, derivadas de la teoría militar en unos casos y en otras de la práctica al interior de los cuarteles (L. Paredes, p. 02).

Fue entonces que la doctrina militar francesa se extendió y se acentuó sobre todo a nivel organizacional en algunos casos ocasionando la generación de tensiones políticas y el consecuente divisionismo militar que evitaba su aplicación, ya que los oficiales peruanos, que se encontraban inmersos en las teorías de acción social y de defensa nacional, descubrían a menudo la dificultad de explotar todos los recursos de la nación y la total capacidad creativa de la población en el contexto de un país políticamente inestable (L. Paredes, p. 02).

Ante circunstancias de esta naturaleza, la clase política peruana no presentó ningún obstáculo ni lucha alguna, al contrario, buscó aliarse con algunos militares. Así destacan dictaduras como la de Augusto B. Leguía, cuyo gobierno ha sido conocido por el nombre de *Oncenio de Leguía*, quien buscó el apoyo de algunos

militares para derrocar a José Pardo, empleando para ello en forma por demás precavida ascensos y nombramientos selectivos.

2.2.7.2. El aspecto militar en el siglo XXI

Con el transcurrir del tiempo, la reforma militar en el Perú, implicó abordar necesariamente los vacíos de los temas de seguridad y defensa, cosa que al parecer suena insólito en nuestro país, debido a que, hasta la actualidad pese a múltiples esfuerzos, este tema sigue siendo privilegio de militares.

Durante la segunda mitad del año 2001, con el nombramiento de la Comisión de Alto Nivel para la Reestructuración de las Fuerzas Armadas, la misma que estuvo presidida por el ministro de Defensa, quienes elaboraron un informe final sobre el proceso de reestructuración de las fuerzas armadas, la cual fue aprobado y publicado en marzo del año 2002 (L. Paredes, p. 03).

Este informe fue el primer indicio en el cambio en la estructura y doctrina militar que se anunciaba venir, asemejándose al paradigma científico descrito por Thomas Kuhn en su clásico estudio de la Estructura de la Revolución Científica, quien manifiesta: como los paradigmas nacen y cambian. Esencialmente, cuando proveen soluciones a los problemas que muestran un mal funcionamiento del modelo vigente, tal

como viene ocurriendo en el modelo de doctrina militar vigente en el Perú, en donde las diversas escuelas de pensamiento militar están compitiendo entre sí para solucionar los cabos sueltos de los paradigmas enfrentados.

Es así que este informe contiene (L. Paredes, p. 04):

- A. Los ejes básicos del proceso de reestructuración de las fuerzas armadas.
- B. Incluye las modificaciones legales para que el nuevo Ministerio de Defensa ejecute el plan de reestructuración.
- C. Considera el proceso de reestructuración de las fuerzas armadas dentro de la modernización del Estado peruano; paralelo al perfeccionamiento de las instituciones democráticas, a la modernización de la gestión pública, entre otras acciones, con la finalidad de consolidar la democracia como sistema.

En este punto determinamos que el informe, contiene el proceso de reestructuración dirigida a la profesionalización de las fuerzas armadas y sobre todo a situar a los mismos en el entramado del estado de derecho, auténticamente sujetas a la autoridad del gobierno legítimamente elegido, tal como lo sostiene Orlando Pérez, quien afirma que en una democracia las fuerzas armadas deben estar políticamente subordinadas al poder civil, y por ello debe existir un control civil de la política

militar y el personal militar debe estar sujeto a los mismos procesos y deberes legales que los civiles.

Desde esta perspectiva implicaría la normalización de las relaciones entre civiles y militares, considerando a estos últimos como ciudadanos que visten el uniforme de la patria y planteando la integración en una comunidad de valores democráticos que aproxime e integre a civiles y militares en una sociedad que respete los derechos individuales de los ciudadanos libres, por un lado y los deberes militares de los soldados (L. Paredes, p. 04).

En el transcurso del tiempo, se fue trabajando en la restauración de las fuerzas armadas, esto empezaría con una legislación que permitiera materializar este proceso, y a partir de lo cual se desarrollaron Consejos de reestructuración al interior de cada una de las instituciones militares, esto visto como un medio de continuar la labor iniciada por los militares, quienes desde antes de iniciarse la reforma, ya se encontraban inmersos en la búsqueda de roles que les permita restaurar las fuerzas armadas, para ello como una misión principal acordaron mantener la defensa del territorio nacional (L. Paredes, p. 07).

Las fuerzas armadas en ese sentido han sido golpeadas por diferentes la corrupción, y en las miras de la reforma una de las primeras decisiones se deja notar con la disminución de regiones militares en el ejército, la mismas que pasaron de seis a cuatro, con la finalidad de hacer más eficaz los procesos operativos y más eficientes los gastos administrativos.

Un tema también importante sobre la reestructuración es la referida a la composición del personal, la misma que tendría como objetivo pasar de una especie de globo a una pirámide organizacional, ello como uno del compromiso asumido en el Acuerdo Nacional. Sin embargo, es importante mencionar que este intento de reconfiguración de la estructura del personal, lamentablemente se vio empañada por el pase al retiro de oficiales con una limpia carrera profesional y con excelente currículo profesional, que más parecen ser estuvieron manchados de un tinte político debido a que sus reclamos no fueron oídos.

En el marco del desarrollo de la reestructuración se produjo también el cambio de un servicio militar obligatorio a un servicio militar voluntario, esto debido a la promulgación de la ley número 27178 de setiembre del 1999, la misma que entró en vigencia el 1 de enero del 2000. Con este cambio al parecer no ha traído mayores beneficios a las fuerzas armadas ya que si

bien es cierto que el servicio militar era obligatorio, en la práctica era discriminatorio, no universal y selectivo, cumplida generalmente por las personas de los estratos sociales más bajos. En cambio, con el servicio militar voluntario se busca una tropa voluntaria, que sea más reducida y que responda a un profesionalismo que permitiera reanudar el honor de las fuerzas armadas (L. Paredes, p. 07).

En cuanto a lo relacionado con la transparencia, en el acceso a la información pública y la lucha contra la corrupción; durante toda la historia republicana, las autoridades civiles no tuvieron acceso a las cuentas, a las instalaciones, ni a los archivos militares. Sin embargo, desde el inicio del proceso de reforma, la Contraloría General de la República, la Comisión Nacional Anticorrupción, Congresistas, Fiscales y Jueces, lograron ese acceso sin excepciones, reservas ni limitaciones.

Además se resalta el hecho de la racionalización estricta de gastos, disminución de unidades y de agregadurías en el exterior como una respuesta al recorte del presupuesto asignado al Ministerio de Defensa, por otro lado, con el objeto de recuperar o repotenciar el material con que cuentan las fuerzas armadas, el Ministerio de Defensa ha obtenido autorización del Congreso de la República para disponer de los inmuebles que no son indispensables para el funcionamiento

de las fuerzas armadas, con el propósito de recaudar dinero para dicho fin; así como también para financiar los acuerdos de cooperación en el campo de la defensa para la obtención de los recursos pertinentes, tal como lo sucedido con la adquisición de las fragatas Lupo de procedencia italiana (L. Paredes, p. 08).

2.2.7.3. La misión de las Fuerzas Armadas

Al parecer existiría una falta de precisión y delimitación entre la misión del Ministerio de Defensa y la misión constitucional de las fuerzas armadas, ya que la misión citada en el informe de la Comisión de Reestructuración de las Fuerzas Armadas no delimita, ni diferencia entre las misiones de ambas organizaciones como entes totalmente diferentes, que no hacen más que reafirmar que la verdadera misión no es la que está en el papel, es por ello importante el cambio de la cultura organizacional.

Es por esa razón que en el Perú en reiteradas oportunidades la verdadera misión estaría detrás de la misión constitucional, como fue el caso del plan inca del gobierno militar de Juan Velasco y el plan verde elaborado por los militares durante el gobierno de Alan García y plasmado durante el gobierno de Alberto Fujimori. Planes que pueden ser interpretados como la consolidación de la búsqueda de las fuerzas armadas de una misión nacional de importancia (L. Paredes, p. 10).

La misión que ostentan las Fuerzas Armadas, deben de estar en función a la seguridad humana, aunque esta premisa muchas veces atenta contra el concepto de soberanía, ya que el fin supremo de un estado democrático es el bien común y consecuentemente el respeto a los derechos humanos de sus ciudadanos; la misma que debe implicar el uso eficiente de los recursos de defensa, la cual significaría un buen uso de los recursos humanos y del apoyo logístico de los militares en lugares en donde en la mayoría de veces el Estado no llega (L. Paredes, p. 11).

Es preciso orientar la misión de las fuerzas armada en:

- A. La defensa de los intereses nacionales
- B. La participación en operaciones de paz
- C. La lucha contra el narcotráfico
- D. La lucha contra el terrorismo y
- E. El orden interno.

2.2.7.4. Sistema de Defensa Nacional

En el Estado Constitucional de Derecho, el deber del sistema jurídico – político es la de preservar la seguridad de los ciudadanos y garantizar de esta manera el orden público, esta función le está asignado a los miembros de la Policía Nacional del Perú, pues están llamados a prevenir y sofocar todo viso de conflictividad social.

En la lucha contra la delincuencia y el crimen organizado, se plantea todo un sistema de defensa nacional; los ciudadanos tienen derecho a sentirse seguros y protegidos en su vida diaria. Durante la última década, a través del hemisferio se ha visto un creciente reconocimiento al marcado impacto que el crimen, el conflicto y la violencia tienen sobre la democracia y el desarrollo.

Bajo este contexto de protección de la ciudadanía y las fuerzas del orden se emite la Ley N.º 31012 que tiene como objeto otorgar protección legal al personal de la PNP que, en ejercicio regular de su función constitucional, hace uso de sus armas o medios de defensa, siempre en cumplimiento de la función policial, señaladas en el DL N.º 1267, Ley de la PNP y el DL N.º 1186, Decreto Legislativo que regula el uso de las fuerzas por parte de la PNP.

El crimen, el conflicto la violencia siembran el miedo y la ansiedad acerca de la seguridad personal y dificulta el desarrollo económico transformando ciertas áreas menos atractivas para la inversión.

Un estudio de la CEPAL (Comisión Económica para América Latina), señala que la región latinoamericana se ha enfrentado generalmente a la violencia y a la delincuencia a través de la

acción punitiva, esto significa que el problema se aborda desde una perspectiva de “policía, justicia y prisión”, enfatizando el control y la represión y en menor medida la prevención.

Esta visión exige, por ejemplo, una reforma a los códigos penales para modificar los tipos de delitos e incrementar las penas, el aumentar las penas de algunos delitos, se crean nuevos tipos de delincuentes (niños, jóvenes) y las cárceles deben estar preparadas para recibir mayor cantidad de internos.

Estas medidas, según el estudio de la CEPAL, no ha logrado reducir la criminalidad, la tasa de homicidios ha crecido en la región latinoamericana, además la impunidad ha avanzado debido a deficiencias en los sistemas policiales, judiciales y la saturación de las cárceles, éstas tienen un porcentaje muy alto de personas sin sentencia o inocentes.

El Estado necesariamente para mantenerse y aplicar coerción, necesita de la fuerza, “(...) que viene en ayuda de su poderío económico, y para esto hace falta un aparato especial (ejército, policía), tribunales, cárceles (...)”(Pacheco G, 1990, p.601); la fuerza coercitiva del Estado de manifiesta a través de estas instituciones sin embargo, en el afán de querer utilizar siempre la fuerza coercitiva para asegurar la supervivencia del Estado,

se ha procedido a darle facultades y a la vez de eximir de responsabilidad penal al momento de causar lesiones o muerte en el cumplimiento del deber, con ello en apariencia las fuerzas armadas tendrían las posibilidades de combatir lo que atenta contra el Estado, desde lo interno hasta lo externo.

Con el otorgamiento de causas que justifican la actuación de causar lesiones o muerte a las fuerzas del orden en el cumplimiento de su deber, debería esto responder al pensamiento que tuvo el legislador al momento de plantear esta causa que justifica la conducta típica del personal de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, teniendo en cuenta que el ámbito para lo cual fue planteado respondía a la inseguridad ciudadana; entonces, se pensó que si se fortalecía a las Fuerzas Policiales y Militares para los que puedan causar la muerte y los que atentan contra el orden establecido por el Estado, la delincuencia disminuiría.

Ante ello, los resultados no han sido halagadores, la delincuencia en el país cada vez se pronuncia más y ni con la modificatoria del artículo 20 inciso 11 del Código Penal ni con el aumento de penas se logra disminuir la delincuencia.

A. La falta de una política de defensa como parte de una política de Estado. Es preciso hablar de la adecuación que

tienen las fuerzas armadas a una política de Estado, todo Estado conforma una política de defensa en la cual tendría que evidenciar un objetivo nacional, esto es un interés nacional, en la cual se tendría como objetivo vigilar y defender los intereses nacionales, ya que las funciones de las fuerzas armadas deben estar relacionados con los requerimientos que el Estado necesita (L. Paredes, p. 09).

2.2.8. Análisis de casos

2.2.8.1. Caso Fidel Flores Vásquez (desalojo)

El caso que nos ocupa recae en el Expediente Judicial N.º 01636-2014-8-0601-JR-PE-04, del Juzgado Penal Colegiado Supraprovincial de Cajamarca, en el cual se imputa al señor NORBIL Gonzáles Silva el delito de homicidio simple, por haber atentado contra la vida de Fidel Flores Vásquez, para el motivo de la investigación se analizará dos de las sentencias emitidas una de ellas se produjo en primera instancia por el Juzgado Penal colegiado Supraprovincial de Cajamarca y posteriormente en audiencia de vista se pronuncia el Juzgado Penal Colegiado.

2.2.8.1.1. Hechos Materia de imputación (Primera Instancia)

El Ministerio Público señala que el 30 de octubre de 2015, se ordenó judicialmente el desalojo del inmueble ubicado en los jirones Diego Ferré y

Húsares de Junín de esta ciudad de Cajamarca. En esta diligencia participaron diversos efectivos policiales, entre los que se hallaba el acusado Norbil Gonzáles Silva – según la tesis fiscal – durante el fragoroso desalojo disparó contra el agraviado Flores Vásquez hiriéndolo mortalmente.

Esta imputación, inmutable por mandato constitucional, la contiene el escrito de acusación del siguiente modo:

“asimismo, en circunstancias que se estaba produciendo el desalojo y cuando el personal policial recibía impactos de piedras y palos, el efectivo policial Norbil Gonzáles Silva, hizo uso de su arma de fuego, en contra del ciudadano Fidel Flores Vásquez quien se encontraba en la parte superior (techo) del inmueble materia de desalojo, siendo que al ser impactado por un cartucho de perdigones a la altura del pecho lado derecho, resultó lesionado de gravedad, determinándose como causa de su deceso (...)”

Este hecho lo han calificado como Homicidio Simple, conforme al artículo 106 del Código Penal y solicitó se

imponga al acusado una pena privativa de libertad de ocho años y el pago de una reparación civil de S/. 100 000.00 soles a favor de la parte agraviada, que se deberá pagar de manera solidaria con el Tercero Civilmente Responsable (Ministerio del Interior)

2.2.8.1.2. Juicio de subsunción

Al realizar el análisis de la Resolución N.º 05 de fecha 14 de julio de 2017 recaída en la sentencia N.º 57, en el numeral V al desarrollar el juicio de subsunción, el Juzgado Supraprovincial Penal de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca ha establecido sobre la antijuridicidad lo siguiente:

“el comportamiento del acusado resulta evidentemente antijurídico en el plano formal (prohibición legal) pues el artículo 106 del código Penal sanciona a quien mata a otro; también es antijurídico en el plano material (prohibición genérica); ya que, el bien jurídico vida humana se encuentra tutelado por el derecho penal, además de ello, la conducta antinormativa del acusado no ha tenido causa de justificación alguna, bajo la que su injusto actuar pueda ser excluido de sanción penal”

2.2.8.1.3. Parte resolutive:

Condenar al acusado Norbil Gonzáles Silva, como autor del delito contra la vida, el cuerpo y la salud, en su modalidad de homicidio simple, previsto en el artículo 106° del Código Penal, cometido en agravio de Fidel Flores Vásquez, a seis años de pena privativa de libertad, la misma que se dicta con calidad de efectivo y se cumplirá en el Establecimiento en el que determine el INPE.

2.2.8.1.4. Hechos materia de análisis (Segunda Instancia)

La Sala Penal de Apelaciones, ha establecido declarar fundado el recurso de apelación interpuesto por el procesado Norbil Gonzáles Silva, en contra de la sentencia contenida en la resolución Número cinco de fecha 14 de julio de 2017, emitido por el Juzgado Penal Colegiado, quien resolvió condenar al indicado recurrente, por el delito contra la vida, el cuerpo y la salud en su modalidad de homicidio simple en agravio de Fidel Flores Vásquez.

Bajo esas consideraciones existen dos votos a favor de la apelación y un voto en contra.

Los dos votos a favor tienen como argumento fundamental que el procesado no actuó en

cumplimiento de un deber policial, y por ende no corresponde eximirlo de responsabilidad penal, en mérito al artículo 20 inciso 8 y 11 del Código Penal. Bajo esa circunstancia a juzgar por los objetos que se encontraban en la calle, el disparo que habría hecho el imputado se dio después de que el agraviado lanzó los objetos contundentes, habiéndole bastado no solo al imputado, sino a los demás efectivos policiales, alejarse del lugar para poner a buen recaudo sus vidas, así como lo sostiene el impugnante el disparo tuvo por objeto salvaguardar su vida.

En este sentido, si bien no cabe duda que el agraviado y otros, ha repelido el desalojo con objetos contundentes, como ladrillos, bombas molotov, etc., sin embargo, en el momento mismo del disparo, conforme se muestra en el video referido, no se advierte que la vida del procesado y de los otros efectivos haya estado en peligro. Por lo tanto, al no verificarse la configuración de este primer requisito que se exige en esta eximente, esta Sala considera que carece de objeto analizar los demás requisitos.

Sin embargo, existe un voto discordante el cual tiene su sustento en lo acá establecido: se debe absolver

al acusado por cuanto ha actuado en cumplimiento de un deber policial, para proteger su integridad, la de los demás efectivos y de los ciudadanos que se encontraban por el lugar; máxime, si al visualizar los videos en juicio oral, se logra observar que el agraviado con otros sujetos no identificados, están en su azotea con un balón de gas, bombas molotov, ladrillos, palos y piedras, lanzándolos desde la azotea del inmueble a desalojar a los efectivos policiales que estaban en la parte baja (en la calle), entre ellos el acusado.

Por lo tanto, el actuar de éste, atendiendo a las circunstancias de cómo se han realizado los hechos, se encuentra eximido de responsabilidad penal, de conformidad al artículo 20 inciso 8 y 11 del Código Penal.

2.2.8.2. Análisis del expediente N.º 00423-2019-0-1504-JR-PE-02

2.2.8.2.1. Hechos materia de imputación

Los hechos ocurridos el 13 de enero de 2019, en la que el efectivo policial de la Comisaría de Táchala, en el marco de una intervención policial, se vio involucrado en el deceso (muerte) de Juan Carlos Chocán – desertor del Ejército Peruano, al efectuar

un disparo con su arma de reglamento, al hallarse incurso en la presunta comisión de un delito (con el concurso de otras personas que sustrajeron una billetera) quién fugaba del lugar – e hizo un ademán para disparar-; en esta circunstancia el Ministerio Público requirió prisión preventiva, habiendo otorgado el Juez de instancia el 16 de enero de 2019, confirmada por la sala Superior el 29 de enero de 2019, por el plazo de siete meses.

2.2.8.2.2. Dentro de los elementos de convicción

El colegiado concluye preliminarmente que no se puede verificar que el imputado estaría incurso en la eximente contenida en el artículo 20 numeral 11 del Código Penal (...) toda vez que el agente usó su arma letal contra un sujeto que solo huía para no ser detenido, y era evidente que no generaba riesgo manifiesto e inmediato para causar lesiones graves o muerte, pudiendo el imputado realizar disparos en otras zonas no vitales.

2.2.9. Legislación comparada

2.2.9.1. Estados Unidos de América

Ejercicio legítimo de una autoridad o cargo en Estados Unidos. En las normas del derecho norteamericano, está presente en su legislación una causal de justificación amparada,

precisamente, en el ejercicio legítimo de la autoridad, e incluso, llega más lejos autorizando el uso de fuerza mortal (deadly force) en las circunstancias que señala el Código Penal Modelo. La causal se enmarca dentro de aquellas reguladas bajo el título de defense justifications y son aquellas que regulan la legítima defensa. (Jaña Ortiz y Soto Vera, 2015, p. 169).

La regulación a que nos referimos en la legislación norteamericana, está en la sección 3.07 que desarrolla con gran detalle una serie de posibilidades en la cual el uso de la fuerza es permitido, entre ellas la causal a la que nos referimos. El Código la denomina como justificación en el uso de fuerza física al hacer un arresto o prevenir el escape.

Esta causal, es la más extensa dentro de esta sección y regula no sólo el uso de la fuerza para los agentes de la ley, es decir, los agentes de policía y los agentes de paz, sino también, el caso de personas que, por instrucción de éstos, les prestan ayuda, incluyendo también a civiles (Jaña Ortiz y Soto Vera, 2015, p. 169).

Según Jaña Ortiz y Soto Vera (2015), desarrolla de manera específica cada una de estas causales que lleva intrínseca el tipo ilícito en comento, así sostiene que estas con las más importantes (p. 151):

Un oficial de policía o un *law enforcement agent* (el código se refiere a estos como *peace agent* y es inclusivo de aquellos funcionarios que hacen cumplir la ley como sheriffs y marshals, entre otros) que efectuando o intentando efectuar un arresto, o previniendo o intentando prevenir la huida de una persona en custodia, que razonablemente se sospeche que ha cometido un crimen, puede usar la fuerza física si estima que es necesaria para los fines ya mencionados.

También con ocasión de evitar el daño que, a sí mismo o a un tercero, vaya a producir el sujeto, fundado, nuevamente, en la creencia racional de que el sujeto hará uso de la fuerza física para producir el daño. Podrá hacer uso de fuerza física mortal cuando tenga motivos fundados para creer:

- a. Que el sujeto ha cometido determinados tipos de injustos.
- b. El injusto cometido o que se intentó cometer está clasificado como *Felony*, las cuales están reguladas en el Código Penal Modelo en la sección 1.04, siendo aquellas por las cuales una persona puede ser condenada a muerte, dependiendo de las legislaciones de los diferentes Estados, y el sujeto que incurrió en ello se resiste al arresto o intenta escapar estando armado con un arma de fuego o un arma mortal.

- c. Independiente del tipo de delito, que el sujeto que se persigue, usara este mismo tipo de fuerza contra el oficial o un tercero.

En los dos casos anteriores, la justificante no se aplicará, si el oficial actuó con claro desprecio hacia la vida o con una actitud hacia la comisión del hecho.

Una persona, que se encuentre cumpliendo órdenes de un oficial de policía o *peace agent*, asistiéndolo mientras éste realiza el arresto o previene el escape, podrá utilizar fuerza física y quedará excusado, cuando crea, razonablemente, que ésta es necesaria para cumplir la orden del oficial, a excepción que tenga conocimiento de que el arresto no está autorizado, es decir, el oficial no está actuando amparado por el Derecho.

Podrá, además utilizar fuerza mortal cuando:

- a) Crea razonablemente que será necesaria para defenderse, a sí mismo o a tercera persona, de lo que cree es un ataque inminente del criminal utilizando este mismo tipo de fuerza.
- b) Cuando el oficial lo ordene o lo autorice, siempre que no tenga conocimiento de que el arresto no está autorizado.

Un civil, por su propia cuenta, puede usar fuerza física para efectuar un arresto o impedir un escape, del que razonablemente crea que ha cometido un delito. Además, la ley autoriza el uso de fuerza mortal en los casos que:

- a. Deba defenderse o a un tercero ante un ataque que, razonablemente crea, es inminente y en el que se empleará fuerza mortal.

- b. Efectúe el arresto de un sujeto que ha cometido determinados delitos y que esté inmediatamente huyendo del mismo. Los mismos delitos graves que ya mencionamos.

Se autoriza, también, el uso de fuerza a aquel que custodie a un recluso, para evitar que escape de un centro de detención o, entre el trayecto, desde o hacia uno de estos lugares.

En cuanto a las semejanzas con el derecho peruano. En nuestra legislación se regula esta justificante de manera específica (artículo 20, inciso 11), en tanto que en Estados Unidos también se hace de manera específica hacia los oficiales que hacen cumplir la ley, aun cuando también se extiende a otras personas que participan por alguna razón en la persecución penal. Sin embargo, el criterio continúa circunscrito al ámbito de la persecución penal, el delito flagrante y la resistencia del delincuente.

Cumplimiento de una orden militar

Si nos referimos al Cumplimiento de una orden militar en Estados Unidos. Esta causal se encuentra regulada en la sección 2.10 del Código Penal Modelo, y se refiere en exclusiva al cumplimiento de órdenes dentro de la jerarquía militar, con el desconocimiento por parte del ejecutante de que éstas son ilegítimas. Dicho Código lo regula de la siguiente manera:

Sección 2.10. Órdenes militares

Es una defensa afirmativa que el actor, ejecutando una conducta que es considerada una ofensa, no hace más que ejecutar la orden de su superior en los servicios armados, desconociendo que esta es ilegal”.

En este caso, se reglamenta el requisito de desconocimiento por parte del sujeto activo de que la orden es ilegal, aunque basado en la presunción de obediencia debida impuesta por la jerarquía militar, agregando la circunstancia de atenerse sólo a ejecutar la orden que le ha sido dada. Opera como defensa afirmativa, es decir, el sujeto que la invoca, debe probarla. (Jaña Ortiz & Soto Vera, 2015, p. 169)

2.2.9.2. Chile

EL Código Penal chileno, regula los casos en los que están exentos de responsabilidad criminal (Artículo 10), que a la letra dice lo siguiente:

1. El loco o demente, a no ser que haya obrado en un intervalo lúcido, y el que, por cualquier causa independiente de su voluntad, se halla privado totalmente de razón.

2. El menor de dieciséis años.
3. El mayor de dieciséis años y menor de dieciocho, a no ser que conste que ha obrado con discernimiento. El Tribunal de Menores respectivo hará declaración previa sobre este punto para que pueda procesársele.
4. El que obra en defensa de su persona o derechos, siempre que concurren las circunstancias siguientes:

Primera. Agresión ilegítima.

Segunda. Necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla.

Tercera. Falta de provocación suficiente por parte del que se defiende.
5. El que obra en defensa de la persona o derechos de su cónyuge, de sus parientes consanguíneos legítimos en toda la línea recta y en la colateral hasta el cuarto grado inclusive, de sus afines legítimos en toda la línea recta y en la colateral hasta el segundo grado inclusive, de sus padres o hijos naturales o ilegítimos reconocidos, siempre que concurren la primera y segunda circunstancias prescritas en el número anterior, y la de que, en caso de haber precedido provocación de parte del acometido, no tuviere participación en ella el defensor.
6. El que obra en defensa de la persona y derechos de un extraño, siempre que concurren las circunstancias expresadas en el número anterior y la de que el defensor no sea impulsado por venganza, resentimiento u otro motivo ilegítimo.

Se presumirá legalmente que concurren las circunstancias previstas en este número y en los números 4 y 5 precedentes, cualquiera que sea el daño que se ocasione al agresor; respecto de aquel que rechaza el escalamiento en los términos indicados en el número 1 del artículo 440 de este Código, en una casa, departamento u oficina habitados, o en sus dependencias, o, si es de noche, en un local comercial o industrial y del que impida o trate de impedir la consumación de los delitos señalados en los artículos 141, 142, 361, 365, inciso segundo, 390, 391, 433 y 436 de este Código.

7. El que para evitar un mal ejecuta un hecho que produzca daño en la propiedad ajena, siempre que concurren las circunstancias siguientes:
 - a) Realidad o peligro inminente del mal que se trata de evitar.
 - b) Que sea mayor que el causado para evitarlo.
 - c) Que no haya otro medio practicable y menos perjudicial para impedirlo.
8. El que, con ocasión de ejecutar un acto lícito, con la debida diligencia, causa un mal por mero accidente.
9. El que obra violentado por una fuerza irresistible o impulsada por un miedo insuperable.
10. El que obra en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, autoridad, oficio o cargo.
11. Derogado.

12. El que incurre en alguna omisión, hallándose impedido por causa legítima o insuperable.
13. El que cometiere un cuasidelito, salvo en los casos expresamente penados por la ley.

Para efectos de la presente investigación, se tendrá en cuenta el inciso de 10 del artículo antes citado, esto es: El que obra en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, autoridad, oficio o cargo.

Considerando que trataría de abarcar lo regulado en el artículo 20 inciso 11 del Código Penal Peruano. “Ésta es una categorización tradicional dentro de los Códigos latinoamericanos influenciados por la tradición española. Se ha criticado la inclusión de ésta por considerarse obvia dentro de la legislación” (Jaña Ortiz & Soto Vera, 2015, p. 168).

Al respecto, Alejandro Fuensalida ha señalado que “todos los que obran en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, autoridad, oficio o cargo, equivale a decir que no hay pena cuando se obra dentro de la esfera legal” (Fuensalida, 1983, p. 64).

Si bien esta es una consideración válida, por la observación lógica de que el que actúa dentro de la esfera de sus atribuciones, cumpliendo un deber jurídicamente impuesto

sobre sí, no actúa ilícitamente, considerarlo como una falencia de nuestra legislación o una regulación absurda, nos parece excesivo y no comprensivo de los casos excepcionales. Hay casos límites que se resuelven de una manera más acertada por medio de esta causal, como por ejemplo el policía que aprehende a un delincuente que se resiste, por medio de la fuerza (Jaña Ortiz y Soto Vera, 2015, p. 168).

En ese sentido, la regulación es de gran importancia para determinar no solo que el agente actúa en ejercicio de un mandato o cargo sino también para determinar su responsabilidad en caso se haya cometido un acto ilícito y catalogado como delito en nuestro sistema penal.

El Código Penal chileno, recoge sistemáticamente esta causal, creando una categoría especial para ellas. En el artículo 10, inciso 10 de nuestro Código Penal, se establece la exención de responsabilidad para quienes obren en cumplimiento de un deber o en ejercicio legítimo de un derecho, autoridad, oficio o cargo.

El legislador chileno ha distinguido las siguientes categorías:

a. Obrar en cumplimiento de un deber

Para estos casos, el “deber se refiere al deber jurídico y la expresión no tiene ningún significado moral. El deber

jurídico puede provenir directamente de la ley, o de la orden de una persona a la cual la ley ha facultado para aquello” (Cury y Urzúa, 2005, p. 383).

Esta causal se refiere únicamente a aquellas órdenes que son lícitas. En palabras del profesor Cury (2005), “obra conforme a derecho quien ejecuta una acción típica en el cumplimiento de un deber que le ha sido impuesto inmediatamente por el ordenamiento jurídico” (p. 384).

En este caso, habiendo tipicidad en la conducta, el deber se impone sobre ésta. Sin embargo, la institución debe resguardar ciertas restricciones y límites, para que a través de ella no se manifiesten conductas abusivas sobre terceros.

El cumplimiento del deber supone criterios de adecuación y proporcionalidad, de modo que el empleo innecesario de violencia (por ejemplo, frente a un delincuente que no opone resistencia) no estaría amparado por la justificante: se ampara el ejercicio del derecho, no su abuso (Politoff L. Sergio, Matus A. Jean Pierre, & Ramírez G, 2003, p. 235).

Es necesario también que el sujeto actúe entendiendo que cumple con un deber jurídicamente impuesto. En el plano

subjetivo es fundamental que el sujeto actúe con conciencia de que cumple un deber, que realiza el acto típico sabiendo que es el medio necesario para dar cumplimiento a la obligación que pesa sobre él; así como también, es fundamental que el sujeto actúe sin extralimitarse, tan sólo cumpliendo el específico deber jurídico que se le impone (Jaña Ortiz & Soto Vera, 2015, p. 157).

En palabras del mismo autor “Es insuficiente que se dé una situación de cumplimiento del deber para que juegue la causal de justificación. El que concreta ese cumplimiento debe, además, atenerse a los límites que el deber le impone, sin extralimitarse”.

Quien comete un acto arreglado a un tipo delictivo, obra en cumplimiento de un deber si lo hace obedeciendo a una obligación legal. Es legal la obligación impuesta directamente por la ley en el sentido amplio de Constitución, ley reglamento u ordenanza; no quedan comprendidos los deberes derivados de una convención particular o de un cargo público. Por ejemplo, la obligación del testigo de declarar la verdad, justifica la deshonra y descrédito a otro (art. 110); la obligación de no revelar el secreto profesional justifica la abstención de prestar

declaración (art. 243). Se trata siempre de un conflicto entre dos obligaciones legales, en el cual, frente a la ley prohibitiva general que representa el tipo delictivo, prevalece la ley autoritativa especial, de igual o superior jerarquía constitucional que aquélla.

La prevalencia puede también corresponder a una ley provincial. Sólo justifica el cumplimiento del deber impuesto por una norma sancionada por un órgano competente, si ha sido dictada legalmente y media una ejecución correcta del deber, sin excesos, en el caso concreto.

b. Obrar en ejercicio legítimo de un Derecho

Este Derecho debe haber sido reconocido jurídicamente. Para que esta causal tenga eficacia debe reunir dos requisitos, estas son: “Que exista el Derecho. Que ese derecho se ejercite legítimamente, esto es sin abusar del Derecho” (Bullemore y Mackinnon, John, 2007, p. 102).

Jaña Ortiz y Soto Vera (2015), citando a Gustavo Labatut, sostiene que “El que ejecuta un acto haciendo uso de una facultad que ésta (la ley) le reconoce, de manera alguna habrá realizado una acción antijurídica” (p. 158), es decir, siempre que no exista extralimitación y abuso y se actúe

dentro de la esfera permitida y conferida por la ley, no existirá una conducta ilegítima o ilícita.

El ejercicio regular de un derecho propio no puede constituir en ilícito ningún acto. Un derecho en el sentido del artículo 34, inc. 4 o un derecho propio en el sentido del artículo 1071 del Código Civil, es el derecho subjetivo reconocido por la ley a una persona para cometer un hecho penalmente típico. Estos derechos subjetivos no deben confundirse con las autorizaciones legales porque éstas, a diferencia de aquellos derechos, no implican facultades de exigir algo a terceros. Aquí también se trata de la ley en sentido amplio. Los usos y costumbres pueden conceder ese derecho si una ley se refiere a ello, pero no estando la situación reglada legalmente no lo pueden hacer de manera autónoma.

El derecho subjetivo puede emerger directamente de la ley. Por eso, los artículos 2218 y 3886 del Código Civil justifican una retención penalmente típica (art. 173, inc. 2). El derecho subjetivo también puede tener su fuente mediatamente en la ley a través de una convención. El contrato puede justificar que un condómino, en ciertas condiciones, se apodere de la cosa entregada en posesión a otro condómino, excluyendo así el castigo por hurto. Esta

justificación es otro caso de conflicto de disposiciones legales, en el cual, frente a la prohibición general emergente del tipo delictivo, prevalece la autorización de una ley especial de igual o superior jerarquía constitucional.

Sólo el ejercicio legítimo o regular del derecho propio es justificante. La ley no ampara el ejercicio abusivo del derecho. Se considera tal el ejercicio que contraría los fines que la ley tuvo en mira al reconocer el derecho de que se trata o que excede los límites supuestos por la buena fe, la moral o las buenas costumbres.

c. Obrar en el ejercicio legítimo de una autoridad oficio o cargo

La justificante reside en el ejercicio legítimo de derechos y deberes inherentes al oficio o profesión. Esta causal abarca, desde el ejercicio de la profesión médica, cumpliendo con la *lex artis*, pasando por la actividad deportiva, en la cual, por ejemplo, una lesión puede ser eximida de responsabilidad penal, por encontrarse dentro del marco de la actividad y regido por las reglas del deporte en particular, siempre y cuando no haya excedido lo aceptable; hasta el uso del arma de fuego por parte de Carabineros (Jaña Ortiz y Soto Vera, 2015, p. 158).

Para el caso de las acciones citadas, siempre que se hayan dado los requisitos que impone el artículo 411 del Código de Justicia Militar Chileno, el que establece:

“Estará también exento de responsabilidad penal, el Carabinero que haga uso de sus armas en contra del preso o detenido que huya y no obedezca a las intimaciones de detenerse. Esto, no obstante, los Tribunales, según las circunstancias y si éstas demostraren que no había necesidad racional de usar las armas en toda la extensión que aparezca, podrán considerar esta circunstancia como simplemente atenuante de la responsabilidad y rebajar la pena en su virtud en uno, dos o tres grados”.

De lo anterior refuerza la hipótesis mantenida en cada uno de estos casos estudiados, nos referimos a que no exista aprovechamiento y abuso de las potestades conferidas por la ley. En el punto anterior, hay una similitud con la regulación norteamericana, en cuanto se regula el uso de la fuerza cuando un policía está capturando a un delincuente (Jaña Ortiz y Soto Vera, 2015, p. 158).

Si bien el acto de autoridad a que se refiere el inciso 4 del artículo 34, implica el ejercicio de una facultad legal, ésta no es un simple derecho subjetivo, sino un poder de

imperio o supremacía respecto de otra persona, cuya fuente no es el ejercicio de un cargo público, sino situaciones jurídicas de otra índole. Es frecuente, empero, que a esta causa de justificación no se la prevea específicamente y que los casos que comprende se consideren como de ejercicio legítimo de un derecho.

La autoridad justificadora funciona en el ámbito de la autoridad familiar, en razón de la facultad de corrección de ambos padres o de los tutores (art. 415) y curadores (arts. 475 y 482). Al marido no le corresponde, en cambio, una potestad correctiva de igual índole respecto de la esposa, sino que, limitadamente al caso de la violación por la mujer de su obligación de cohabitar con su esposo, debe hacer valer su autoridad marital, policial o judicialmente. Los padres pueden delegar el ejercicio de su autoridad en otras personas o establecimientos.

La corrección familiar debe ejercerse moderadamente. El exceso puede ser reprimido por la autoridad local, sin perjuicio de la sanción represiva común. Entran dentro de los límites de la moderación las coacciones, los términos de sentido injurioso, las penitencias limitadoras de la libertad personal y los castigos corporales sin efectos lesivos intencionales. Los tribunales han admitido la

justificación de las lesiones levísimas inferidas como reprimenda por los padres a los hijos, aunque los autores no están siempre de acuerdo. El ejercicio de la autoridad familiar autoriza como medida de vigilancia la apertura de la correspondencia privada del sujeto pasivo.

La autoridad disciplinaria privada justifica hechos adecuados a ciertos tipos penales, como sucede, por ejemplo, con respecto de las injurias.

d. Ejercicio legítimo de un cargo

Esta causa de justificación, prevista por el inciso 4 del artículo 34, implica el ejercicio del propio poder de decisión o ejecución correspondiente a un cargo público. El juez que ordenó un desalojo con uso de la fuerza pública, aunque su acto se adecua formalmente a la instigación de un despojo (art. 181, inc. 1), no es punible, porque ha obrado legítimamente. También obra justificadamente, aunque cause lesiones, el guardia cárcel que hiere a un preso para impedir su fuga.

El ejercicio del cargo debe ser legítimo. La legitimidad supone la legalidad del título en cuya virtud el autor desempeña el cargo y la legalidad de su ejercicio en el caso concreto. Lo primero requiere que la autoridad no haya sido usurpada (C.P., 246). El ejercicio es legal si el autor obra en materia de su competencia y

no lo hace con abuso de autoridad (C.P., 248 y 251) ni con exceso en la acción, sea en el modo o en la medida de su ejercicio.

e. Obediencia debida

Existen distintas situaciones de subordinación que, en sus respectivos ámbitos, constituyen fuentes del deber de obedecer. Tales son, por ejemplo, la subordinación jerárquica administrativa, la laboral, la eclesiástica, la doméstica, etc. Sólo la primera, por su naturaleza pública genera un deber de obediencia jerárquica susceptible de constituir una causa de justificación de la conducta adecuada a un tipo delictivo. Mediando un orden jerárquico administrativo, el principio de la obediencia debida como causa de justificación, cumple una esencial función institucional: posibilitar que el superior jerárquico pueda delegar en un inferior la ejecución de las órdenes que emita, sin involucrarlo en la responsabilidad que pueda resultar del contenido de la orden cuya ejecución ha puesto a su cargo.

Sobre la naturaleza de esta eximente existen opiniones discrepantes, tales como las siguientes:

- a) La obediencia a una orden legítima del superior jerárquico - que es la única que el subordinado debe obedecer -, no es otra cosa que una especie de la justificación por ejercicio legítimo de un

cargo. Por el contrario, la obediencia a la orden del superior de cometer un hecho delictuoso - que el subordinado no tiene obligación de obedecer - no justifica el hecho, sin perjuicio de que la culpabilidad del subordinado se excluya por su error.

b) La obediencia por el subordinado a una orden ilegítima del superior cuya legitimidad no tiene derecho a examinar, justifica su hecho, porque la ley impone un deber específico de obediencia. En este caso, la obediencia debida queda absorbida por la justificante genérica del cumplimiento de la ley. Cuando el subordinado tiene poder de examen respecto de la orden ilegítima, es inculpable si obra por error acerca de su legitimidad.

c) Si lo ordenado es legítimo en sí mismo, nos hallamos en presencia de una causa de justificación que se ampara en el obrar en cumplimiento de un deber o en legítimo ejercicio de su derecho, autoridad o cargo. Si, por el contrario, la orden, emitida por autoridad superior, en el círculo de sus atribuciones y en la forma legalmente requerida, es en sí misma ilegítima, la obediencia jerárquica no es otra cosa que un error suscitado por el que manda en el uso de sus atribuciones y en la forma debida, por lo que resulta ese error invencible por el obligado a obedecer. No es una causa de justificación, sino una causa de inculpabilidad.

d) Por regla, es el error sobre la legitimidad de la orden y no la obediencia debida, lo que excluye la responsabilidad del subordinado. Pero, si la orden ha sido impartida en situación excepcional o el subordinado está obligado a cumplirla y no media error ni coacción simple, lo que exime de responsabilidad al ejecutor es la coacción especial que en el caso implica la orden del superior.

e) La impunidad por obediencia debida funciona en los casos en que, debiendo el subordinado cumplir la orden sin examen, es puesto por el derecho fuera de toda relación imperativa y la acción se desplaza hacia el superior que impartió la orden jurídicamente inexcusable, al cual, como en el caso de la violencia, le debe ser directamente atribuida dicha acción. Pero este punto de vista desplaza la cuestión de la acción o autoría de su verdadero ámbito, que es el aspecto fáctico de la intervención material voluntaria del agente en la ejecución del delito (C.P., 45), y la traslada al campo puramente jurídico de la irrefragabilidad de la orden de intervenir en esa ejecución, cuyo examen objetivo corresponde a la cuestión de la legitimidad de la orden, y subjetivamente, en lo que atañe a su destinatario, plantea una cuestión de culpabilidad. La irrefragabilidad de la orden no excluye el hecho de que la conducta del subordinado sea la de un autor por su propio impulso voluntario libre de violencia física (*coactus volit*). No se

trata, por consiguiente, del traslado de la acción, sino del traslado de la responsabilidad superior.

La obediencia debida, como causa de justificación, conduce a una exclusión de responsabilidad penal, que se funda en la distinción entre la función del superior que ha deliberado la orden y la función del inferior que se ha limitado a su ejecución y que, por consiguiente, carece de la facultad de examinar, rectificar o rechazar lo deliberado por su superior. Esta exclusión presupone la obligación jurídica del inferior de obedecer la decisión del superior en cuanto lo constituye en ejecutor de lo que él ha dispuesto de modo totalmente ajeno a la voluntad del mandatario. La obligación jurídica de obedecer del jerárquicamente subordinado, debe tener su fuente en una orden formalmente legítima emitida por el mandante. Esa legitimidad exige que la orden satisfaga las siguientes condiciones:

- 1) Que entre el que emite la orden y su destinatario medie una vinculación jurídica de naturaleza pública que autorice al primero a expedirla.
- 2) Que la orden llene las formalidades legalmente exigidas para el caso de que se trata.

A diferencia de lo que sucede respecto del fondo de la orden, el destinatario tiene derecho a examinar la forma de la orden y

a no convertirse en su ejecutor si falta alguna de las exigencias formales, ya que, entonces, no habrá recibido una orden formalmente legítima que lo obligue a ejecutarla sin responsabilidad por las posibles consecuencias delictuosas de lo mandado por el superior. Excluida la legitimidad formal de la orden, si en inferior jerárquico la ejecuta, a la par del dador de aquélla, también el inferior responde. Es posible, sin embargo, que si por error el inferior ha creído en la legitimidad formal de la orden, no responda delictivamente por ausencia de culpabilidad.

Si la orden es formalmente legítima, el ejecutor sólo responde ante los terceros en caso de enriquecimiento sin causa; si la orden no lo es, el ejecutor responde por las consecuencias ilícitas de la orden.

2.2.9.3. Argentina

El Código Penal argentino, regula desde el artículo 34 en adelante lo denominado imputabilidad, y que a la letra sostiene lo siguiente:

No son punibles:

1. El que no haya podido en el momento del hecho, ya sea por insuficiencia de sus facultades, por alteraciones morbosas de las mismas o por su estado de inconciencia, error o ignorancia de hecho no imputables, comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones.

En caso de enajenación, el tribunal podrá ordenar la reclusión del agente en un manicomio, del que no saldrá sino por resolución judicial, con audiencia del ministerio público y previo dictamen de peritos que declaren desaparecido el peligro de que el enfermo se dañe a sí mismo o a los demás. En los demás casos en que se absolviera a un procesado por las causales del presente inciso, el tribunal ordenará la reclusión del mismo en un establecimiento adecuado hasta que se comprobare la desaparición de las condiciones que le hicieren peligroso;

2. El que obrare violentado por fuerza física irresistible o amenazas de sufrir un mal grave e inminente;
3. El que causare un mal por evitar otro mayor inminente a que ha sido extraño;
4. El que obrare en cumplimiento de un deber o en el legítimo ejercicio de su derecho, autoridad o cargo;
5. El que obrare en virtud de obediencia debida;
6. El que obrare en defensa propia o de sus derechos, siempre que concurrieren las siguientes circunstancias:
 - a) Agresión ilegítima;
 - b) Necesidad racional del medio empleado para impedirla o repelerla;

c) Falta de provocación suficiente por parte del que se defiende se entenderá que concurren estas circunstancias respecto de aquel que durante la noche rechazare el escalamiento o fractura de los cercados, paredes o entradas de su casa, o departamento habitado o de sus dependencias, cualquiera que sea el daño ocasionado al agresor.

Igualmente, respecto de aquél que encontrare a un extraño dentro de su hogar, siempre que haya resistencia;

7. El que obrare en defensa de la persona o derechos de otro, siempre que concurren las circunstancias a) y b) del inciso anterior y caso de haber precedido provocación suficiente por parte del agredido, la de que no haya participado en ella el tercero defensor.

De igual forma, para efectos de la presente investigación se tomará en cuenta lo prescrito por el inciso 4° del artículo 34 del referido código.

2.2.10. Aumento de criminalidad según las cifras estadísticas del INEI

Con la presentación de la siguiente información podremos evidenciar como las cifras de criminalidad han ido en ascenso durante el transcurrir de los años.

2.2.10.1. Denuncias por comisión de delitos, según delito genérico, 2014 – 2019

Fuente: Instituto Nacional de Estadística e Informática – Registro Nacional de Denuncias de Delitos y Faltas. Policía Nacional del Perú – Sistema de Denuncias Policiales (SIDPOL). Ministerio del Interior (MININTER) – Oficina de Planteamiento y Estadística.

Delito Genérico	2014	2015	2016	2017	2018	2019
Total	326 578	349 323	355 876	399 869	466 088	387 937
Delitos contra la vida, el cuerpo y la salud	36 643	37 057	44 342	50 597	49 577	56 017
Delitos contra el honor	1 297	94	155	187	243	177
Delitos contra la familia	3 354	2 013	2 318	2 695	4 562	2 964
Delitos contra la libertad	19 379	18 730	20 428	22 660	29 079	25 207
Delitos contra el patrimonio	224 753	242 697	242 653	265 219	315 542	250 109
Delitos contra la confianza y la buena fe en los negocios	211	42	55	47	53	21
Delitos contra los derechos intelectuales	175	98	93	156	112	190
Delitos contra el patrimonio cultural	-	93	64	77	93	52
Delitos contra el orden económico	207	37	58	74	42	39
Delitos contra el orden financiero y monetario	1 402	914	687	663	737	502
Delitos tributarios	371	109	181	142	216	386
Delitos contra la seguridad pública	30 388	40 150	38 150	49 385	53 595	40 965
Delitos ambientales	-	-	-	370	400	446
Delitos contra la tranquilidad pública	1 306	993	224	331	572	174
Delitos contra la humanidad	80	96	862	1 187	2 276	577
Delitos contra el estado y la defensa nacional	20	11	22	15	3	13
Delitos contra los poderes del estado y el orden constitucional	17	10	14	6	6	127
Delitos contra la voluntad popular	225	12	36	122	240	103
Delitos contra la administración pública	3 307	3 966	3 872	4 542	7 202	8 592
Delitos contra la fe pública	2 680	1 794	1 237	1 394	1 538	1 276
Delitos contra la ecología	763	407	425	-	-	-

2.2.10.2. Denuncias por comisión de delitos, según departamento (casos registrados), 2014 – 2019

Fuente: Instituto Nacional de Estadística e Informática – Registro Nacional de Denuncias de Delitos y Faltas. Policía Nacional del Perú – Sistema de Denuncias Policiales (SIDPOL). Ministerio del Interior (MININTER) – Oficina de Planteamiento y Estadística.

DENUNCIAS POR COMISIÓN DE DELITOS, SEGÚN DEPARTAMENTO, 2014 - 2019 (Casos registrados)						
Departamento	2014	2015	2016	2017	2018	2019
Total	326 578	349 323	355 876	399 869	466 088	387 937
Amazonas	3 178	2 395	3 340	5 696	6 222	4 523
Áncash	8 783	9 862	10 446	11 798	13 793	11 110
Apurímac	2 533	1 601	2 000	2 566	4 549	4 322
Arequipa	16 576	18 017	19 666	25 500	28 112	25 383
Ayacucho	4 786	4 395	3 131	4 574	6 220	4 365
Cajamarca	6 100	5 847	6 440	9 453	10 856	11 421
Prov. Const. del Callao	15 765	19 328	15 385	14 948	22 048	14 904
Cusco	14 328	9 271	11 783	13 728	15 819	15 555
Huancavelica	1 917	1 223	1 345	1 483	1 582	1 711
Huánuco	3 275	3 126	3 162	3 895	6 191	6 302
Ica	10 107	10 869	13 178	13 772	16 374	16 094
Junín	8 791	7 632	9 375	11 627	15 018	14 925
La Libertad	18 712	15 628	16 782	21 894	24 283	21 487
Lambayeque	13 740	15 757	21 406	25 186	27 315	27 165
Lima	151 256	180 409	170 295	177 517	194 005	136 913
Provincia de Lima 1/	141 269	169 652	158 167	163 818	179 510	121 915
Región Lima 2/	9 987	10 757	12 128	13 699	14 495	14 998
Loreto	3 054	2 670	5 730	4 843	7 655	8 892
Madre de Dios	2 118	1 427	1 641	2 401	3 381	4 547
Moquegua	1 804	1 713	1 872	2 244	2 905	2 315
Pasco	1 987	1 054	937	1 772	2 528	3 162
Piura	16 200	16 099	16 866	20 156	23 768	22 928
Puno	4 114	3 314	4 741	4 206	5 267	4 944
San Martín	5 597	5 545	3 729	5 177	8 758	6 961
Tacna	3 892	2 975	3 229	4 013	4 980	5 694
Tumbes	3 883	3 163	3 275	4 404	5 933	5 116
Ucayali	4 082	6 003	6 122	7 016	8 526	7 198

La información del 2014 corresponde al total de delitos registrados en Comisarías y Unidades Especializadas en Investigación Criminal. La información 2015 – 2018, corresponde a las denuncias registradas a través del Sistema de Denuncias Policiales – SIDPOI. La información 2019 corresponde a los datos enviados por el MININTER.

2.2.10.3. Personas detenidas por cometer delito, según tipo de delito, 2013 – 2019 (casos registrados)

Fuente: Ministerio del Interior (MININTER) – Oficina de planeamiento y Estadística

PERSONAS DETENIDAS POR COMETER DELITO, SEGUN TIPO DE DELITO, 2013 - 2019

(Casos registrados)

Tipo de delito	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019
Total	91 698	95 265	96 698	111 233	135 036	150 248	162 505
Delitos contra la vida, el cuerpo y la salud	6 857	5 488	5 943	6 453	10 035	29 840	44 884
Homicidio	1 052	1 029	1 168	1 203	1 446	1 898	1 733
Aborto	38	56	76	62	85	90	143
Lesiones	5 427	3 848	3 991	4 999	7 951	27 708	42 926
Otros 1/	340	555	708	189	553	144	82
Delitos contra la familia	2 376	1 838	1 980	2 750	3 543	1 910	1 212
Atentado contra la Patria Potestad	184	298	275	243	258	1563	1 071
Omisión de asistencia familiar	1 931	1 213	1 218	1 888	2 709	-	-
Matrimonio ilegal	79	147	285	254	290	144	43
Contra el estado civil	182	210	202	365	288	203	98
Delitos contra la libertad	3 869	4 345	4 659	4 935	5 643	7 328	7 319
Violación a la libertad personal	509	574	530	692	679	1 082	793
Violación a la intimidad	25	25	29	39	65	171	163
Violación de domicilio	142	174	254	270	333	522	595
Violación a la libertad sexual	2 403	2 293	3 390	3 485	4 007	5 035	5 417
Proxenetismo	74	161	204	161	205	348	188
Ofensa al pudor público	43	78	69	88	111	135	127
Otros 2/	673	1 040	183	200	243	35	36

Delitos contra el patrimonio	30 622	29 373	29 148	32 480	35 414	41 905	43 294
Hurto	11 826	12 207	12 570	15 138	16 314	19 523	21 081
Robo	15 926	13 449	12 817	13 461	13 480	13 745	13 804
Apropiación ilícita	218	227	110	379	161	97	99
Estafas y otras defraudaciones	117	102	587	102	483	624	523
Abigeato	509	574	319	403	278	-	-
Fraude en la Administración de personas jurídicas	17	17	14	10	10	18	5
Daños simples y agravados	8	-	162	58	245	482	512
Delitos informáticos	201	181	29	225	97	74	91
Receptación	-	-	-	-	578	4 911	4 952
Otros 3/	1 800	2 618	2 540	2 644	3 768	2 431	2 227
Delitos contra el orden económico	25	30	46	230	71	20	25
Acaparamiento, especulación y adulteración	3	4	6	179	22	3	3
Negociación de bienes destinados a donación	1	-	4	1	6	-	-
Función ilegal de casinos de juego	-	4	4	14	6	-	-
Lucro indebido en importaciones	3	-	-	4	0	-	-
Otros 4/	18	22	32	32	37	17	22
Delitos contra el orden financiero y monetario	323	311	386	424	242	306	224
Delito financiero	18	26	30	152	30	51	6
Delito monetario	305	285	356	272	212	255	218
Delitos tributarios	158	198	240	258	233	250	219

Delitos contra la seguridad pública	33 792	38 935	40 140	47 281	58 840	59 619	55 871
Peligro común	21 123	25 083	25 192	33 256	44 145	48 032	48 247
Tráfico ilícito de droga	2 542	2 623	2 951	3 851	4 169	-	-
Microcomercialización de droga	6 652	7 743	8 690	6 757	7 095	-	-
Tenencia ilegal de armas	1 976	2 384	2 158	2 094	2 053	-	-
Otros 5/	1 499	1 102	1 149	1 323	1 378	11 587	7 624
Delitos ambientales 6/	-	-	-	-	-	387	371
Delitos de contaminación	-	-	-	-	-	100	85
Tráfico ilegal de especies de flora y fauna silvestre	-	-	-	-	-	128	118
Delitos contra los bosques o formaciones boscosas	-	-	-	-	-	158	168
Otros	-	-	-	-	-	1	-
Delitos contra la tranquilidad pública	529	796	93	26	271	471	445
Terrorismo - Apología	110	135	93	26	4	7	3
Disturbios	-	-	-	-	-	404	423
Asociación ilícita	-	-	-	-	-	50	19
Otros 7/	419	661	400	350	267	10	-

Continúa...

8.8 PERSONAS DETENIDAS POR COMETER DELITO, SEGÚN TIPO DE DELITO, 2013 - 2019

(Casos registrados)

Conclusion.

Tipo de delito	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019
Delitos contra la humanidad	-	-	-	-	-	21	19
Genocidio	-	-	-	-	-	6	-
Desaparición forzada	-	-	-	-	-	14	16
Discriminación	-	-	-	-	-	1	3
Delitos contra la administración pública	2 132	2 847	3 276	3 226	3 705	5 936	7 338
Cometidos por particulares	1 664	2 333	2 464	2 796	3 254	5 012	6 513
Cometidos por Funcionarios Públicos	137	244	155	119	162	-	-
Contra la Administración de Justicia	331	270	657	311	289	625	608
Contra la Administración Pública	-	-	-	-	-	299	217
Delitos contra la fe pública	1 089	952	729	768	1 413	919	883
Falsificación de documentos en general	924	711	575	531	1 030	471	430
Falsificación/sellos, timbres-marcas oficina	13	16	13	18	6	12	11
Otros 8/	152	225	141	219	377	436	442
Contra el pandillaje pernicioso	448	286	128	216	56	-	-
Posesión de arma de guerra	32	26	54	44	54	264	69
Organización criminal	-	-	-	-	-	-	65
Otros delitos 9/	9 446	9 840	9 476	11 792	15 516	1 991	267

2.2.10.4. Personas detenidas por cometer delito, según**Departamento, 2012 – 2019 (casos registrados)****Fuente:** Ministerio del Interior (MININTER) – Oficina de Planeamiento

y Estadística.

PERSONAS DETENIDAS POR COMETER DELITO, SEGÚN DEPARTAMENTO, 2012 - 2019

(Casos registrados)

Departamento	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019
Total	92 868	91 698	95 265	96 698	111 233	135 036	150 248	162 505
Amazonas	920	1 146	1 036	797	870	824	1 231	2 003
Áncash	2 613	3 351	2 399	3 311	4 811	4 885	6 411	5 302
Apurímac	320	176	314	324	272	481	1 448	2 189
Arequipa	3 967	4 731	6 810	4 239	4 776	9 028	10 849	11 335
Ayacucho	1 519	1 483	1 491	1 664	1 539	2 282	2 948	1 963
Cajamarca	750	2 078	2 607	2 012	2 550	2 908	3 855	4 832
Prov. Const. del Callao	-	-	-	3 490	3 284	7 364	6 910	6 303
Cusco	2 891	2 986	3 097	4 287	4 810	5 946	7 093	8 447
Huancavelica	379	246	348	390	493	1 166	621	578
Huánuco	2 714	3 285	2 657	3 137	4 102	2 830	2 500	4 559
Ica	2 513	2 237	2 205	3 827	4 505	5 311	6 569	7 740
Junín	6 531	7 519	5 383	5 012	4 908	5 078	4 812	5 234
La Libertad	4 105	4 354	4 875	4 488	5 588	9 093	9 148	11 853
Lambayeque	4 122	4 542	4 321	3 798	5 126	7 199	8 905	9 264
Lima 1/	41 446	32 344	33 848	30 864	33 147	40 981	42 034	43 839
Loreto	3 464	4 563	4 436	5 920	5 509	5 397	5 121	6 125
Madre de Dios	690	1 075	1 098	821	1 412	920	1 192	1 678
Moquegua	247	310	287	418	978	1 108	948	1 067
Pasco	199	188	251	463	935	516	1 171	1 406
Piura	5 355	5 763	5 503	4 832	6 525	6 800	9 105	10 013
Puno	646	589	508	1 080	1 739	2 558	2 281	3 528
San Martín	2 924	2 382	3 811	4 278	4 067	3 045	2 999	3 507
Tacna	1 702	1 845	2 215	1 716	2 073	2 319	2 726	3 515
Tumbes	1 025	1 316	1 605	2 308	2 744	2 891	2 817	2 877
Ucayali	1 826	3 189	3 690	3 722	4 470	4 106	6 554	3 348

El sector no tiene incorporada la desagregación en Provincia de Lima y Región Lima. Incluye la Provincia Constitucional del Callao del año 2012 hasta el 2014.

2.2.10.5. Denuncias de violencia familiar por agresión física, según departamento, 2012-2019 (Casos registrados)

Fuente: Ministerio del Interior (MININTER) – Oficina de Planeamiento y Estadística.

DENUNCIAS DE VIOLENCIA FAMILIAR POR AGRESIÓN FÍSICA, SEGÚN DEPARTAMENTO, 2012 - 2019								
(Casos registrados)								
Departamento	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019
Total	64 948	61 651	65 380	67 006	73 413	76 011	111 428	116 458
Amazonas	561	514	637	571	729	886	1 032	1 862
Áncash	1 804	1 865	2 118	2 083	1 892	1 897	2 982	3 397
Apurímac	1 510	1 322	1 133	865	985	1 506	3 064	2 830
Arequipa	3 551	4 995	4 632	3 616	4 916	4 556	8 046	8 369
Ayacucho	1 502	1 601	1 430	1 600	1 817	2 703	2 448	2 454
Cajamarca	1 953	2 527	2 091	1 944	2 503	2 348	4 166	4 488
Prov. Const. del Callao	3 049	3 087	2 731	2 672	2 805	3 838	4 600	4 605
Cusco	3 479	2 049	1 928	1 953	2 007	3 129	7 720	2 408
Huancavelica	278	235	342	321	382	345	642	668
Huánuco	3 972	3 867	5 588	5 765	5 630	3 821	2 795	2 768
Ica	1 649	1 953	2 301	2 652	2 863	3 177	3 733	3 788
Junín	2 677	2 220	2 551	2 265	3 394	3 777	6 046	7 166
La Libertad	1 875	1 868	1 870	1 829	2 118	2 240	5 020	5 598
Lambayeque	2 429	2 026	2 323	2 405	2 869	3 649	4 658	5 716
Lima	23 013	20 013	21 228	23 087	24 653	26 181	35 375	38 590
Loreto	693	643	718	801	914	742	1 178	1 249
Madre de Dios	696	1 097	654	1 149	882	717	1 301	1 426
Moquegua	1 606	1 376	1 454	1 472	1 195	654	726	1 070
Pasco	157	163	198	236	272	253	799	978
Piura	3 598	3 295	3 651	3 624	4 016	3 613	5 217	7 327
Puno	773	1 116	2 182	2 639	2 871	2 468	2 432	2 237
San Martín	1 135	1 120	1 275	1 359	1 989	1 624	3 379	3 477
Tacna	1 376	1 477	1 302	1 210	765	780	1 646	1 499
Tumbes	470	304	255	197	292	301	1 396	1 316
Ucayali	1 142	918	848	691	654	806	1 027	1 172

El sector no tiene incorporada la desagregación en Provincia de Lima y Región Lima.

De la información mostrada en el presente capítulo podemos evidenciar como las cifras de criminalidad han aumentado entre los años 2012 al 2019, esta información permite darle mayor sustento a la contrastación de las hipótesis, tal es así que aporta para demostrar si verdaderamente la finalidad por el que fue incorporado el inciso 11 al artículo 20 del CP ha surtido los efectos esperados.

CAPÍTULO III

CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS

En el presente capítulo se desarrolló la contrastación de las hipótesis, para lograrlo se ha partido de afirmaciones concretas, reales para el derecho positivo, esto es “la incorporación del inciso 11 al artículo 20 del CP y sus subsiguientes modificatorias” que viene a ser nuestro primer valor de verdad⁷; asimismo tenemos nuestro segundo valor de verdad⁸ esto es “combatir la criminalidad”; los dos valores de verdad responde al derecho positivo fácilmente comprobables, por esta circunstancia en un primer momento nuestra afirmación es verdadera desde el punto de vista lógico, dando fortaleza a la razón por encima de la especulación.

Estos valores de verdad propuestos responden a una relación de condición, tal es así que decimos: si se incorpora el inciso 11 al art. 20 de CP, entonces se combate la criminalidad, este mensaje trasmite el Estado a la sociedad; esta primera proposición lógica es fácilmente corroborada en el derecho positivo; dejando a salvo que la razón no está siendo alterada por la imaginación.

Entonces para combatir la criminalidad; es decir, bajar los índices de ciudadanos que delinquen, es necesario la incorporación de un tipo penal (inciso 11 al art. 20 de CP), esa proposición debe ser reflejada en el deber ser, en caso no sea así, es solo en un mensaje que responde al ser del derecho positivo, sin efectos

⁷ DL N° 982, Ley 30151, Ley 31012

⁸ Año 2007 se otorga facultades al ejecutivo para legislar mediante la Ley N° 29009

en el deber ser, entendiendo para ello que el ejecutivo ha respetado el Estado constitucional de derecho y nos encontramos fuera de los alcances de la inconstitucionalidad.

El trabajo desglosado tuvo como objetivo demostrar que tal condición responde a un derecho penal simbólico (utilizando informes del INEI, casos emblemáticos), teniendo para ello dos hipótesis claramente definidas, las mismas que han sido demostradas en la posterior explicación.

3.1. PRIMERA HIPÓTESIS: “LA NECESIDAD DE CONTROL SOCIAL”

3.1.1. Discusión crítica

Nos encontramos bajo el primer supuesto, con el cual empezamos por disgregar las razones jurídicas por las que el uso de armas y otros medios de defensa utilizados en el cumplimiento del deber constitucional por las FA y la PNP⁹ reguladas como causas de justificación responden a un derecho penal simbólico; teniendo como primer fundamento la necesidad de control social.

Veamos que la incorporación del inciso 11, traía consigo una finalidad (combatir la criminalidad), la misma que está plasmada en la otorgación de facultades que deriva el Poder Legislativo al Ejecutivo; sin embargo, debemos analizar la coyuntura en la que se produce tal derivación de facultades, esto es, incremento de la delincuencia, los ciudadanos viven la inseguridad, las campañas

⁹ Se desprende del primer valor de verdad, esto es incorporación y futuras modificaciones del inciso 11 al art. 20 del CP

políticas prometen luchar contra la delincuencia, el gobierno de turno necesita implantar estrategias para enfrentarse al mundo criminal y sabe que no puede hacer uso de la fuerza indiscriminada (ajusticiar a los delincuentes) pues las organizaciones internacionales lo observan, los ciudadanos alzan su voz de protesta ante la ineficacia del gobierno para controlar el avance criminal. Sabe el gobernante que en otras épocas, en un pasado no muy lejano la solución hubiera sido conformar un escuadrón de la muerte, que aniquile (quite la vida) a todo delincuente; sin embargo, el respeto a los derechos humanos lo ata de manos pero no de pensamiento; sabe que es importante controlar a la sociedad, necesita una herramienta, necesita utilizar el sistema para controlar al sistema, no puede hacer uso de la psicología, tampoco de la medicina y muchos menos de la historia, necesita del derecho, pero no de cualquier derecho, es urgente invocar al derecho penal, para ejercer control social formal.

Entonces, el derecho penal que tiene como característica ser el más gravoso, despierta con la finalidad de ejercer control en la sociedad, el mensaje es claro las fuerzas del orden a partir de ahora pueden causar lesiones o muerte en el ejercicio de su deber constitucional; pero la labor no es sencilla, late en el corazón del derecho penal el *Nullum Crimin Sine Lege*, debe regularse la manera con la que se pretende controlar el comportamiento del ciudadano, nace entonces inciso 11 en el art. 20.

Incluido en el concepto del derecho penal simbólico, como una de sus clasificaciones encontramos la denominadas leyes de compromiso, que tiene como núcleo satisfacer la necesidad del actuar, para controlar a la sociedad a través de la fuerza, del castigo, de la lesión de la salud, del quitar la vida en un Estado constitucional de derecho se necesita justificar la necesidad de actuar de la PNP y de la FFAA, esto se quiso hacer al justificar el uso de la fuerza, toda vez, que la conducta desplegada contraviene el orden jurídico en su totalidad, ya que de cumplirse lo descrito por el tipo se vulnera el bien jurídico ya protegido por el Estado, no puede existir una contrariedad en el orden jurídico, es oportuno justificar el actuar, nada más estratégico que derrotar el derecho penal con el mismo derecho penal.

Para incluir la posibilidad de vulneración del bien jurídico era necesario incluir el valor de verdad en una categoría del delito que permita justificar la conducta que desplegarían las FFAA y la PNP, nada más oportuno que incluirlo en la antijuricidad como causa de justificación; empero, se han generado una doble problemática, por un lado una confrontación con lo ya estipulado en el inciso 8º del art. 20 del CP, y la aplicación de la causa de justificación en el supuesto del cumplimiento del deber dentro de los parámetros constitucionales.

El control social formal tiene como fin controlar el comportamiento de los habitantes de la sociedad a través del mensaje que transmiten las normas que entran en vigencia, con ello estamos conectando al derecho penal y la sociedad desde el punto de vista del comportamiento, control. Esta relación existente entre el derecho penal y el orden social, al amparo de las teorías preventivas y retributivas de la pena, nos demuestran que el orden jurídico penal responde a un fin, y que este viene a ser controlar la convivencia de la humanidad. Por esta razón que a través de la política criminal el Estado crea estrategias para evitar la lesión a los bienes jurídicos, el sistema jurídico penal responde frente a los ataques al orden que el Estado ha designado a través de sus múltiples programas e incorporaciones de normas penales.

A. Control social y el derecho penal simbólico

Los parámetros de comportamiento que se expanden en una vida en sociedad, incrustan un límite a la forma de accionar del hombre, con la finalidad de evitar trasgresiones con los derechos de los demás, de una forma casi mística surgen medios que controlan el comportamiento del hombre en sociedad, partiendo por implantar conceptos bipolares de lo bueno y lo malo, lo correcto o lo incorrecto, de esta forma se ve inmersa la vida independiente del hombre y traspasa la vida social.

Cuando una persona nace, en un primer momento se ve influenciada por las costumbres de la familia de la cual crecerá, es acá donde se evidencian los primeros vestigios de comportamiento, tal comportamiento responderá a la educación, y es evidente que en el marco ya de la educación de los niños se emplea constantemente la pena, acuñando su futuro comportamiento, impregnando conceptos de lo bueno y de lo malo, tales ideas se internalizan desde los primeros momentos de la vida del ser humano; así se empieza a formar los primeros medios para controlar el comportamiento, de la misma manera influye la escuela, el colegio, la religión, los cuales van a ser parte de un medio de control social informal, persiguiendo una finalidad la cual es controlar el comportamiento del ser humano para que la vida en sociedad no trasgreda los límites entre lo correcto o incorrecto.

Lo antes descrito aterriza en lo que se conoce en doctrina como forma de control social informal, a esta se le opone la forma de control social formal. El derecho penal viene a ser regulador de conductas a partir del principio de legalidad, una forma de controlar el comportamiento del ser humano en su vida en sociedad, varios ejemplos podemos encontrar en el catálogo penal, el más clásico es el regulado en el art. 106 del CP el cual prescribe: “el que mata a otro tendrá una pena privativa de la libertad”, con ello se trasmite un mensaje el cual pretende castigar la muerte provocada de uno a otro individuo.

De manera literal desde un concepto no jurídico la Real Academia de la Lengua establece que la palabra símbolo proviene del latín symbolus y este a la vez del griego símbolos, que a la vez la define como un elemento u objeto material que por convención se considera representante de una entidad, de una idea, de una cierta condición, se plantea esta definición a priori toda vez que el propio término no ha sido objeto de estudio por la doctrina, no se encuentra un concepto preciso y apto de “simbólico” o “legislación simbólica”, por eso es oportuno recordar el concepto de símbolo.

El concepto de control social, viene a ser el ADN del derecho penal, no es tangible a la luz de los ojos, solamente se siente sus efectos, su naturaleza está implícita en el ser de la norma penal, tal es así, que el legislador al crear la causa de justificación penal, implícitamente quiere controlar el orden social de manera formal al garantizar el cumplimiento del derecho, esto es, se utiliza las fuerzas de choque de la organización estatal (FFAA y PNP) para combatir la enfermedad de la sociedad (el crimen), empero este esquema lógicamente redactado que responde a la razón, no se refleja en el deber ser, en la realidad; me explico, en el mundo del ser el cumplimiento del deber constitucional de causar lesiones o muerte en salvaguarda del orden social tiene dos finalidades, el primero someter a la sociedad a acatar el primer valor de verdad, esto es, controlar a través del miedo, el comportamiento social, en última instancia esos son los efectos que busca, sin más control

social formal y en segundo lugar desde el ser se quiere satisfacer la necesidad de actuar de los ciudadanos (no protestas contra la criminalidad, apaciguar la inseguridad), y esto se logra con el segundo valor de verdad, disminuir o combatir el crimen. Estos dos valores de verdad llevan en esencia el control social formal, no desde una interpretación metafórica y mucho menos imaginativa, sino más bien desde una contrastación lógica y dando crédito a la razón. Veamos entonces si el ser se refleja en el deber ser.

Si decimos que al incorporarse el primer valor de verdad entonces se producirá el segundo valor de verdad, condición para que el deber ser sufra alteraciones, es el mensaje del legislativo; sin embargo, demostramos que el ser del imperativo categórico es el control de la mente del ciudadano a través del miedo.

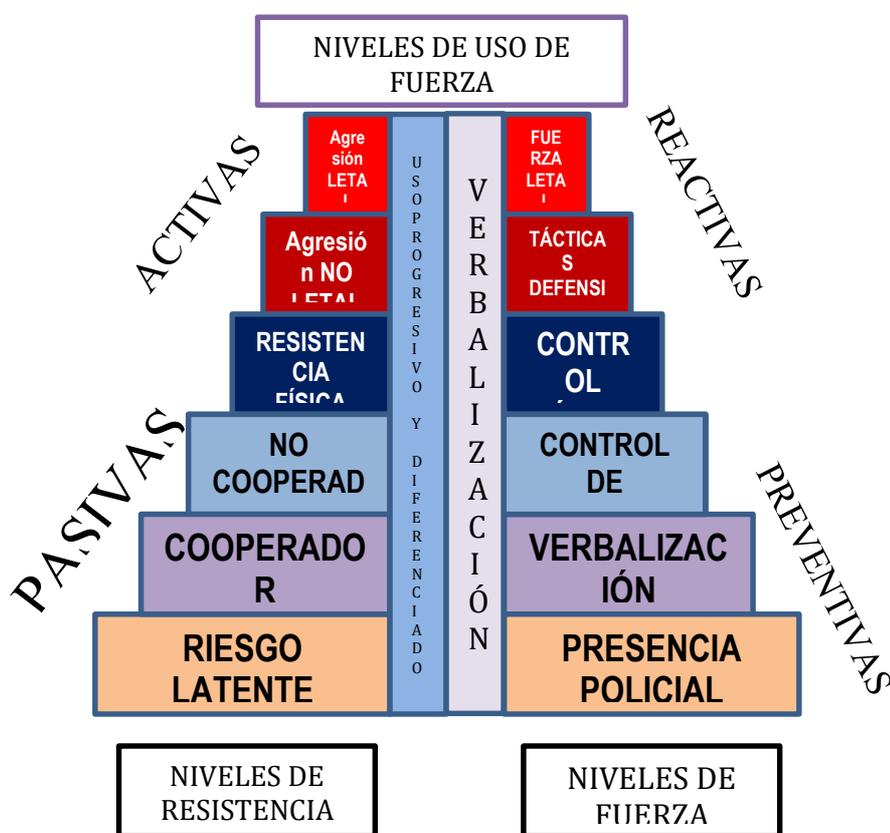
El primer valor de verdad: incorporación del inciso 11 al art. 20 del CP, ubicado en las causas de justificación de conductas antijurídicas, dando lugar a excluir el injusto materia de una acción pese a que pueda encajar en el tipo penal, conlleva a establecer que está exento de responsabilidad penal el personal de las FFAA y la PNP que, en cumplimiento de sus funciones constitucionales y en uso de sus armas u otro medio de defensa, en forma reglamentaria, cause lesiones o muerte, para el cumplimiento del imperativo categórico debe el efectivo de la PNP o FFAA encontrarse dentro de la función constitucional y hacer uso

progresivo y proporcional de la fuerza, entiéndase como circunstancias de interpretación distintas al valor de verdad, las mismas que las encontramos en el manual de derechos humanos adaptado a la función policial y a la vez en el cumplimiento de la función policial señaladas en el DL N.º 1267, la propia ley de la PNP y el DL N.º 1186 el mismo que regula el uso de la fuerza.

Observemos la clasificación de las causas de justificación

CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN				
Legítima defensa	Estado de necesidad	Cumplimiento de un deber	Ejercicio legítimo de un derecho	Obediencia debida
La legítima defensa es aquella defensa necesaria frente a una agresión ilegítima no provocada.	Tiene como finalidad la preservación del interés preponderante.	Es un deber jurídico, puede suponer situaciones variadas y dispares tales como el ejercicio de la violencia, especialmente por agentes de la autoridad.	Por un lado el ejercicio del derecho de corrección de padres y tutores ejercido razonada y moderadamen te.	La situación que plantea (obedecer con conocimiento que la orden es ilegal) no es sino el caso excepcional.

Se considera para ello que la circunstancia que causa la justificación de la conducta antijurídica por parte de las FFAA y la PNP, no solo se encuentra en el ser del primer valor de verdad, sino que ésta debemos encontrarlo en el cumplimiento del manual de la función policial y en el DL N.º 1186 que regula el uso de la fuerza; entonces cuales son los parámetros que el DL antes mencionado describe.



Veamos en el cuadro que antecede¹⁰, el nivel del uso de la fuerza que los efectivos de la PNP deben cumplir cuando

¹⁰ El esquema presentado está inspirado en la ponencia del abogado penalista Jefferson Moreno Nieves, quien expone sobre el uso de la fuerza en la función policial, y en dicha exposición presenta el esquema que representa los niveles del uso de la fuerza. Téngase en cuenta que el cuadro presentado responde al principio de proporcionalidad, entiéndase que la ley 31012 deroga el literal c) del numeral 4.1 del artículo 4º del Decreto Legislativo que regula el uso de la fuerza por parte de la PNP este artículo señala que: “el uso de la fuerza es proporcional cuando el nivel de fuerza empleado para alcanzar el objetivo legal buscado corresponde a la resistencia

intervienen a un ciudadano se muestra de abajo hacia arriba, esto es desde los niveles de resistencia y las consecuencias que en ella derivan en la fuerza policial, niveles de fuerza ejercidas.

En la misma línea de ideas ante un riesgo latente se tiene la presencia policial. Subiendo en nivel se tiene ante un ciudadano cooperador el efectivo policial usa la verbalización (le habla, le dice que se identifique), pasado este nivel de ser el caso, al encontrarse el efectivo policial frente a un no cooperador el efectivo policial realizará un control de contacto, ante la resistencia física el efectivo policial realizará un control físico, si el ciudadano se pone agresivo utilizando una agresión no letal, el operativo policial realizará tácticas defensivas no letales, en la escala más alta tenemos la agresión letal que pueda desatar el ciudadano, para ello el efectivo policial tiene como respuesta la fuerza letal.

Como se sustenta, para que el efectivo policial en el cumplimiento de la función constitucional su conducta sea respaldada por una causa de justificación -cumplimiento del deber- debe regirse, previamente por el uso de la fuerza; empero, este análisis que se realiza no es de conocimiento

ofrecida y al peligro representado por la persona a intervenir o la situación a controlar". En otras palabras el legislador ha dejado sin efecto el mapa guía con el que contaba todo efectivo policial para hacer uso de la fuerza; sin embargo, debe tenerse en consideración lo señalado por el TC de que toda intervención de la fuerza pública debe realizarse respetando el principio de proporcionalidad.

público de la ciudadanía, a lo mucho de los estudiosos del derecho penal en particular, lo que significa que la gran mayoría de la población no tiene idea que para cumplir con las causas de justificación debe respetarse el ejercicio prolongado de la fuerza; es decir, encuadrar la conducta a los niveles de uso de la fuerza. Con ello corroboramos que en el mundo del deber ser las consecuencias del valor de verdad primigenio no se manifiestan, no llegan a tener efectos en casos concretos, a decir de otra manera, si consideramos que una norma pueda brinde protección a los efectivos policiales y militares para el cumplimiento de su función estaremos incurriendo en una falacia. Este error se produce porque la realidad no se acomoda a la norma.

Veamos como la actual coyuntura que se vive por la pandemia del Covid – 19, ha generado volver a modificar el primer valor de verdad; es decir, el inciso 11 del art. 20 tiene una nueva descripción y por obvias razones se vuelve el mensaje a la sociedad netamente simbólico, entregando a la sociedad una falsa percepción.

La modificatoria trae consigo dos circunstancias, primero un mensaje de valor para toda la sociedad (incluyendo las fuerzas policiales y militares) y segundo el control formal dirigido al ciudadano; empero, entendamos que el control social formal

deriva en este supuesto del mensaje valorativo, esto es, en el ser está contenido el mensaje que deberá transformar el deber ser, esta circunstancia de control social formal entiéndase el imperativo del valor de verdad primigenio no responde a la realidad porque tiene efectos en el ámbito del derecho penal simbólico; no se extiende más allá de la misma connotación simbólica para la cual fue planteada.

El Legislador a utilizado nuevamente el derecho penal como un mecanismo para impartir mensajes que llevarán al ciudadano a pensar que existe una política de estado que enfrenta con éxito la criminalidad; sin embargo, como se demuestra esta incorporación y sucesivas modificatorias al inciso 11 del art. 20 no son más que esfuerzos del legislador por ejercer control social formal con efectos simbólicos.

3.2. SEGUNDA HIPÓTESIS: EL “MENSAJE VALORATIVO QUE SE TRASMITE A LA SOCIEDAD”

3.2.1. Discusión crítica

Cuando el Estado prescribe: el que mata a otro será castigado con una pena no menor de seis años, está transmitiendo un mensaje al receptor “ciudadano”; con ello la ciudadanía constantemente recibe mensajes de valor con las normas jurídicas que son promulgadas.

El derecho penal viene a ser como un regulador de conductas, claro está respondiendo al principio de legalidad, esta práctica es una forma de controlar el comportamiento del ciudadano – control social formal – entonces en el código penal encontramos una serie de normas que transmiten un mensaje a través de actos, modelos y de símbolos entendiendo este fenómeno como orientado a controlar la vida de una sociedad en su conjunto, definiendo comportamiento y prescribiendo hechos que no deben ser realizados.

Entonces si el control social formal persigue como fin el mantener al ciudadano con un comportamiento que no afecte el orden jurídico impuesto por el Estado, no solamente utiliza la norma como un mensaje preventivo – retributivo; sino que amalgamado encontramos el mensaje de valor el mismo que tiene como finalidad tranquilizar a la población y evitar un alzamiento o rebeldía.

Este mensaje de valor lo encontramos al tipificarse el delito de feminicidio, el legislador utiliza el derecho penal con la finalidad de dar un mensaje a la sociedad, y este mensaje es el de transmitir tranquilidad a la población insinuando que con la incorporación de un tipo penal se evitará la muerte de las mujeres.

Este ejemplo se ve reflejando en lo que sucedió con la incorporación del inciso 11 al artículo 20 del código penal, pues al revisar los antecedentes de dicha incorporación se logra demostrar

que el Estado en el marco de querer combatir la inseguridad ciudadana, la delincuencia y el crimen organizado, en el año 2007 el Congreso de la República delega facultades al Poder Ejecutivo con una sola finalidad que éste legislara en pos de establecer una estrategia integral dirigida a combatir con mayor eficacia el crimen organizado en general y de manera especial los delitos de tráfico ilícito de drogas, lavado de activos, terrorismo, secuestro, extorsión, trata de personas, así como pandillaje pernicioso¹¹.

En el marco de dicha delegación de facultades se desarrolla el Decreto Legislativo N.º 982 que incorpora una causa que justifica el comportamiento antijurídico de las fuerzas armadas y policiales al código penal y ello se regula en el artículo 20 inciso 11 del antes citado cuerpo normativo.

Sin embargo, esta incorporación no ha tenido ni tiene efectos en la realidad fáctica para lo que fue creado, en otras palabras, justificar que las fuerzas armadas y policiales causen la muerte de un ciudadano con la finalidad de combatir la delincuencia no trae como resultado menguar los índices de criminalidad. Podemos demostrar que simplemente se ha emitido un mensaje de valor ya que los índices de criminalidad se han incrementado tal como evidenciamos a continuación:

¹¹ Esta nomenclatura de pandillaje pernicioso se encuentra regulado en la Ley N° 29009 con el cual el Congreso de la República otorga facultades al Poder Ejecutivo para que pueda legislar y entablar una estrategia de lucha contra la delincuencia.

Para el año 2014 se han registrado 326 578 denuncias, esta cifra se ha incrementado para el año 2015 en 22 745; es decir, para este año se tiene denuncias por comisión de delitos en una cantidad de 349 323; para el año 2016 se evidencia un aumento de denuncias en 6 553 lo que trae consigo una cantidad de 355 876 denuncias para ese año; a la vez ese incremento se evidencia en los años 2017, 2018, en el cual las denuncias por delitos genéricos ascienden a la cifra de 399 869, 466 088.

Para los años 2018 y 2019 se evidencia un declive en las denuncias registradas en una cantidad exacta de 78 151; sin embargo, durante los años 2014 al 2018 se evidencia claramente el aumento de denuncias por delitos genéricos manifestando el incremento de la criminalidad.

En el caso de la Región Cajamarca se evidencia el aumento del índice de denuncias por delitos desde el año 2014 al 2019, produciéndose la cifra más alta en denuncias el año 2019 con 11 421, superando claramente el año 2018 que se muestra 10 856 denuncias.

De las denuncias registradas pasamos a analizar las personas detenidas por cometer delitos en los años 2013 al 2019, con lo que se puede demostrar el incremento de los índices de criminalidad en un aumento considerable, tal es así que para el año 2019 se evidencia 162 505 personas detenidas.

Las denuncias por violencia sexual a las personas menores de 18 años de edad en los años 2012 al 2019 se observa un incremento en los índices de criminalidad tal es así que en el año 2012 se registraba a nivel nacional 4 567 denuncias y para el año 2019 se tiene 5 276 denuncias, pasando por un periodo de 8 años de incremento de índices delictivos.

Lo mismo sucede con las denuncias por violencia familiar por agresiones física desde el año 2012 al 2019, se puede observar un incremento, para el año 2012 se registran 64 948 denuncias y para el año 2019 se tienen 116 458 denuncias.

Con este análisis demostramos como los índices de criminalidad han ido incrementándose, que la finalidad que perseguía la incorporación de una causa que justificaría el comportamiento de las fuerzas armadas y policías con la intención de menguar la criminalidad no presenta efectos en la realidad.

Este fenómeno se desprende lo que se denomina derecho penal simbólico, pues se deja de lado un estudio político criminal y se opta por incorporar tipos penal solamente con la intención de transmitir mensajes de valor para dar una apariencia de lucha contra la delincuencia, esto ha sucedido con la incorporación del artículo 20 inciso 11 del CP, ello respondiendo al contexto social que se vivía en el país en un determinado tiempo, esto es en el año

2007 a partir de la Ley N.º 29009 el entonces Congreso de la República delegó facultades al Poder Ejecutivo con la finalidad de establecer una estrategia integral que combatiera con mayor eficacia el crimen organizado de manera general y de forma especial los delitos de tráfico ilícito de drogas, lavado de activos, terrorismo, secuestro, extorsión, trata de personas, así como pandillaje pernicioso; en el marco de dicha designación de facultades se llegan a aprobar once Decretos Legislativos, entre ellos el Decreto Legislativo N.º 982, que establecía la redacción del artículo 20 inciso 11 del CP.

Esta incorporación como parte de una causa de justificación a la conducta desplegada por la Policía Nacional y las Fuerzas Armadas, nos lleva a establecer si se ha cumplido con el fin esto sería la disminución de la delincuencia, para lo que han pasado un largo tiempo desde la justificación de la conducta de las fuerzas armadas y de la policía nacional de Perú para que en aras del ejercicio de sus funciones y las causas de lesiones o muerte, atendiendo con ello que el fin perseguido no se ha logrado, es decir, la delincuencia ha ido acrecentándose.

Al definir el mensaje valorativo que el legislador presenta a la sociedad a través de una política criminal de sobre criminalización podemos evidenciar que la finalidad que se persigue es la lucha frontal contra la criminalidad; sin embargo, al facultar a las fuerzas

armadas y la policía nacional del Perú para que en el ejercicio de sus funciones puedan causar lesiones o muerte, con ello nos encontramos frente a una clasificación de lo que se entiende por derecho penal simbólico es decir, respuesta sustitutorias del legislador que viene a ser leyes que sirven de coartada, leyes de crisis que persiguen como finalidad tranquilizar esporádicamente a la población con la finalidad de emitir el mensaje de lucha contra la delincuencia.

Para la contrastación, de la presente hipótesis hemos considerado p entonces q ; es decir, si p es: *incorporación del inciso 11 al artículo 20* y q es: *disminuir combatir la delincuencia*; esta circunstancia es claramente contrastable en la realidad para ello podemos evidenciar las estadísticas del Instituto Nacional de Estadística e informática con el cual se demuestra el aumento de la criminalidad desde el año 2012 al 2019, evidenciado que la finalidad que perseguía la incorporación del inciso 11 al artículo 20 del CP la de disminuir la criminalidad no ha surtido efectos en la realidad.

En este orden de ideas los conceptos establecidos por el profesor Hassemer referido al derecho penal como símbolo se ve determinado por las respuestas sustitutorias del legislador ya que nos enfrentamos a las circunstancias de una ley de coartada, una ley dada en un momento de crisis que tiene como fin no el tener un

efecto real en la sociedad sino el de tranquilizar esporádicamente por el miedo social. Este actuar se puede evidenciar no solo en la incorporación del inciso 11 al artículo 20 sino también en la aparición en el código penal del feminicidio, sicariato, lesiones contra la mujer y el grupo familiar, tipos penales que han sido incorporados en un momento en el que la sociedad requería dar respuesta inmediata a los altos índices delincuenciales.

Por último del análisis de los casos expuestos en el capítulo del marco teórico, se advierte que el caso de Fidel Flores recaído en el expediente N° 1636-2014, en primera instancia el Juzgado Colegiado no se pronuncia específicamente sobre la causa de justificación y no refiere el artículo 20 inciso 11; dentro de los supuestos que establece el inciso 11 como causa de justificación tenemos cuatro los cuales son: encontrarse en peligro la vida o la salud de militar, policía o de un tercero, que el militar o policía actúe en cumplimiento de un deber, el uso de armas u otros medios de defensa, que se afecte la vida o la salud del agresor.

Bajo este supuesto al encontrarnos ante una causa que justifique una conducta típica y la convierte en atípica, evidenciado en este supuesto hechos contrarios a derecho que presenten justificación para encontrarse exento de responsabilidad penal. Para ello el Colegiado Supra Provincial de Cajamarca no se pronuncia sobre esta causa de justificación, para lo que la Sala Penal de

Apelaciones ha referido que al no cumplirse el primer requisito establecido como causa de justificación; es decir, que se haya encontrado en peligro la vida del efectivo policial ni se compruebe tampoco el peligro de la vida de un tercero.

CAPÍTULO IV

PROPUESTA

En el presente capítulo se justifica la propuesta arribada en la investigación, la misma que se explica en dos sentidos, el primero desde un análisis dogmático con observaciones en las causas que justifican el comportamiento – cumplimiento del deber – y el segundo teniendo como estudio el derecho penal simbólico.

4.1. Justificación de la propuesta de modificación normativa del artículo 20 en su inciso 11 derivada del análisis dogmático

El análisis se desarrolla en la teoría del delito, específicamente en la antijuridicidad, entendiéndola ésta como lo contrario al orden jurídicamente establecido; es decir, de comprobarse que el comportamiento viene a ser contrario a derecho debería analizarse otra categoría de la teoría del delito como la culpabilidad.

El presente trabajo utiliza la antijuridicidad y dentro de ella una de sus circunstancias que justifican el comportamiento ilegal, como es el cumplimiento de un deber. Este concepto jurídico supone situaciones variadas y dispares tales como el ejercicio de la violencia, especialmente por agentes de la autoridad.

La eximente de cumplimiento de un deber que se desarrolla no está consignada para amparar la defensa de las personas de la autoridad o sus agentes, sino más bien para garantizar la defensa del derecho y de los

intereses ajenos por los que debe velar la fuerza pública; sin embargo; debe considerarse que es un error querer establecer que en todos los casos en donde ocurra una muerte o lesión debido al uso de armas por parte de la policía o las fuerzas armadas siempre habría un caso de cumplimiento de un deber, esta circunstancia solo se produce cuando una ley, o un reglamento de la policía autorice expresamente la resistencia armada de causar lesión o muerte. Para ello si nos regimos por el principio de unidad del ordenamiento jurídico el legislador no puede considerar como comportamiento típico tanto el cumplimiento de un deber como su incumplimiento, para ello lo necesariamente relevante es que el funcionario público no defraude una expectativa normativa esto es el deber especial.

Con ello el cumplimiento de un deber va en paralelo con la utilización de armas u otro medio de defensa y afectación a la vida o la salud del agresor; debemos entender que no se podría configurar esta institución cuando se dispare o cause la muerte de una persona justamente para capturarlo, la razón se encuentra no solo en que la policía se haya excedido en el cumplimiento de un deber, sino también que en ningún momento se haya puesto en peligro la vida del efectivo o la de un tercero.

Por eso la utilización de la violencia debe ser necesario desde un punto de vista racional, para que de esta manera se pueda establecer un orden jurídico, es por ello si la violencia es innecesaria o no tiene proporción con relación a los hechos que no lo han motivado, el accionar de la policía nacional y de las fuerzas armadas no estará justificado y estos funcionarios deberán responder penalmente por su conducta.

El uso de armas debe presentarse como recurso extremo para superar una situación o vencer un obstáculo que se opone a la voluntad de actuación del Estado; empero el artículo 20 en su inciso 8 regulan las causas que justifican el uso de la fuerza en el cumplimiento de un deber; aunado a ello el causar la muerte o lesionar un bien jurídico en el cumplimiento de un deber deviene en atentatorio a la dignidad del ser humano.

4.2. Justificación de la propuesta de modificación normativa del artículo 20 en su inciso 11 derivada de la contrastación, de la hipótesis

Atendiendo a la propuesta de modificación del artículo 20º inciso 11 del Código sustantivo se precisa las razones jurídicas que justifican dichas propuestas.

En primer lugar, el inciso 11 del artículo 20 del Código Penal no ha logrado con disminuir los índices de criminalidad, es decir, la finalidad por la cual ha sido incorporado tal inciso no responde a la realidad. Con ello se ha logrado demostrar el carácter simbólico.

El Tribunal Constitucional ha considerado la existencia de una mala práctica legislativa y si bien ello no implica la derogación del inciso 11 del artículo 20; sin embargo, con la presente investigación se ha logrado demostrar que más allá de la mala técnica legislativa, ésta no cumple con la finalidad por la cual fue incorporada. Por ello, al no tener un fin práctico las causas que justifican el cumplimiento de un deber en el marco de lesionar la vida o la salud por parte de las fuerzas armadas y de la policía nacional, pues como se ha demostrado los índices de criminalidad se han incrementado desde el año 2012 hasta el año 2019 que se tiene registro.

LEY N°

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

POR CUANTO

El Congreso de la República ha dado la Ley siguiente:

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA:

Ha dado la Ley siguiente:

LEY QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 20 INCISO 11 DEL CÓDIGO PENAL

Artículo 1º.- Modifica el artículo 20º del Código Penal

Modifíquese el artículo 20º del Código Penal en el inciso 11 en los términos siguientes:

Deróguese el inciso 11 del artículo 20 del Código Penal.

Comuníquese al Señor presidente de la República para su promulgación.

CAPÍTULO V

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

5.1. CONCLUSIONES

- 1) Se logró demostrar que el alcance del uso de armadas y otros medios de defensa por parte de las fuerzas armadas y la policía nacional incorporados en el artículo 20 inciso 11 del CP solo pueden ser aplicables cumpliendo una serie de requisitos que no atenten contra la dignidad del ser humano y no se genere impunidad en el actuar antijurídico de las fuerzas policiales y militares.
- 2) Se ha logrado demostrar que la causa de justificación en el ordenamiento jurídico peruano sobre todo lo regulado en el inciso 11 del artículo 20 están reguladas para que las fuerzas armadas y la policía nacional causen lesiones o muerte y no sean sancionados penalmente.
- 3) Se logró analizar y mostrar los argumentos doctrinales y jurisprudenciales por los cuales se incorporó el inciso 11 al artículo 20 del código penal; es decir, la lucha contra la criminalidad y el empoderamiento de las fuerzas armadas y policiales han sido motivos para tal incorporación.
- 4) Se logró demostrar como el legislador utiliza el derecho penal con la finalidad de transmitir un mensaje de tranquilidad a la sociedad, haciendo evidente la aplicación del derecho como un mero símbolo.

- 5) Se logró demostrar que el estado para lograr control social utilizada mecanismo como el derecho penal, demostrando únicamente falsas esperanza para la disminución de la criminalidad.

5.2. RECOMENDACIONES

- 1) Se recomienda al legislador, a efectos de dejar de utilizar el derecho penal como símbolo modificar el artículo 20 y derogar el inciso 11 del código penal.
- 2) Se recomienda a los investigadores realizar estudios sobre la inconstitucionalidad del inciso 11 en el artículo 20 del código penal.

LISTA DE REFERENCIAS

- Arburola Valverde, A. (2018). *La criminología de campo o funcionalista*. Actualidad Penal.
- Arias Torres, L.M (s.f). *Teoría general del delito, tipo penal*. Lima: Revista derecho y sociedad.
- Bacigalupo, E. (1978). *Lineamientos de la teoría del delito*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea.
- Bacigalupo, E. (1999). *Derecho Penal parte general*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Hammurabi SRLI.
- Bramont Arias Torres, L.M. (2003). *La tipicidad, el tipo doloso de comisión: en libro homenaje al profesor Luis Alberto Bramont Arias*. Lima: San Marcos.
- Bullemore, V, y Mackinno, John. (2007). *Curso de derecho penal*. Tomo II. Santiago, LexisNexis.
- Busto Ramírez, J. (1984). *Manual de derecho penal español – parte general*. Barcelona: Editorial Ariel S.A.
- Cury Urzúa, E. (2005). *Derecho penal, parte general*. Santiago, Chile: Ediciones Universidad Católica de Chile, Octava edición ampliada.
- Daniel Álvarez, D. (2018). *Reflexiones acerca de la expansión del derecho penal de la peligrosidad en la legislación española*. Actualidad penal.
- Fuensalida, A. (1983). *Concordancia y comentarios al Código Penal Chileno*. Tomo I. Lima.
- Hassemer, W. (2003). *Por qué no debe suprimirse el derecho penal*. México: Instituto Nacional de Ciencias Penales.
- Hurtado Pozo, J. (1987). *Manual de derecho penal*. Lima: Eddili.

- Instituto de defensa legal. (2003). *Con licencia para matar "análisis de la autógrafa que modifica el artículo 20 inciso 11 del Código Penal para exonerar de responsabilidad penal a policías y militares que causen lesiones o muerte, en cumplimiento de sus funciones"*. Instituto de defensa legal, área de seguridad ciudadana.
- Instituto de enseñanza para el desarrollo sostenible. (s.f). *Manual de capacitación en material de armas y municiones para operadores de justicia*. Guatemala: Iepades.
- Jaña Ortiz, J., y Soto Vera, J. (2015). *Circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal: atenuante y eximentes*. Santiago, Chile: Universidad de Chile, Facultad de derecho, departamento de ciencias.
- Jiménez Paneque, R. (1998). *Metodología de la investigación, elementos básicos para la investigación clínica*. La Habana: Editorial Ciencias Médicas.
- Juárez Cívicos, A., y Hernández Hernández, M. (2007). *Algunas reflexiones y aportaciones en torno a la investigación en trabajo social, revista acciones e investigaciones sociales*.
- Kelsen, H. (2007). *La teoría pura del derecho*. Lima: Editorial tribuna abierta.
- Paredes, O. (s.f) *Democracia y fuerza armada en el Perú: problema y avances, democracia y fuerzas armadas en el Perú: problema y avances*.
- Ministerio de defensa. (2011). *Las fuerzas armadas en defensa de la paz y la seguridad*. España: imprenta Ministerio de Defensa.
- Mir Puig, S. (1982). *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de derecho*. Barcelona: Bosch.
- Mir Puig, S. (2004). *Derecho Penal. Parte general*. Buenos Aires: bdef.

- Mir Puig, S. (2008). *Derecho Penal. Parte general*. 8° Edición. Barcelona: Editorial reppertor.
- Muñoz Conde, Francisco; García Arán, Mercedes. (1993). *Derecho penal parte general*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Pacheco G, M. (1990). *Teoría del derecho*. 4ta Edición. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Peña Gonzáles, O. (2010). *Teoría del delito, Manual práctico para su aplicación en la teoría del caso*. Lima: Editorial Nomos y Thesis E.I.R.L.
- Pérez López, J. (2016). *Las 15 eximentes de responsabilidad penal*. Lima: El búbo E.I.R.L.
- Plasencia Villanueva, R. (2004). *Teoría del delito*. México: Instituto de Investigación Jurídica.
- Politoff L. Sergio, Matus A. Jean Pierre, y Ramirez G, M. (2003). *Lecciones de derecho penal chileno, parte general*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2da edición actualizada.
- Reyes Echandía, A. (1989). *Tipicidad*. Bogotá: editorial Temis.
- Roxin, C. (1979). *Teoría del tipo penal, tipos abiertos y elementos del deber jurídico*. Buenos Aires: Depalma.
- Roxin, C. (1994). *La imputación objetivo en el derecho penal*. Munich: Odemsa.
- Roxin, C. (1997). *Derecho penal, parte general*. (D. Luzón Peña, trad) Civitas
- Ruiz Medina, M., Barboa Quintero, M., y Rodríguez Valdez, J. (2013). *Enfoque mixto de la investigación en los estudios fiscales*. España: Revista Académica de investigación Tlatemoani.
- Santa Palella, S., & Martins Pestana, F. (2006). *Metodología de la investigación cualitativa*. Fedupel.

- Tello Villanueva, J.C. (2019). *Naturaleza Jurídica de la “constancia expresa de falta de abono” y del “Requerimiento de pago” en el delito de libramiento indebido en su modalidad de giro de cheque sin fondos* (tesis de post grado). Universidad Nacional de Cajamarca. Cajamarca. Perú
- Terradillos Basoco, J., Hassemeer, W., W., Baratta, A., Melossi, D., Muñoz, J., Edwards, S., y otros (1995). *Pena y estado, función simbólica de la pena*. Santiago: Jurídica Conosur Ltda.
- Vílchez Chinchayán, R. (2017). *¿Más derecho penal en la sociedad de riesgo? Una nueva arma: los delitos de comportamiento*. Gaceta penal & procesal penal.
- Villavicencio T, F. (200). *Derecho Penal. Parte General*. Lima: Editora Jurídica Grijley.
- Villavicencio Terreos, F. (2006). *Derecho Penal. Parte General*. Lima: Grijley.
- Von Beling, E. (2002). *Esquema de Derecho Penal. La Doctrina del Delito – Tipo*. (S. Soler, Trad.) Buenos Aires: El Foro.
- Welzel, H. (1987). *Derecho Penal Alemán. Parte General, 3ª ed.* Santiago: Editorial Jurídica Chile.
- Welzel, H. (2004). *El Nuevo Sistema del Derecho Penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*. (J. Carezo Mir, Trad.) Buenos Aires, Argentina: BdeF.
- Zaffaroni, E. R. (1981). *Tratado de Derecho Penal Parte General* (Vol. III). Buenos Aires, Argentina: Ediar.

Página web:

Comando conjunto de las fuerzas armadas. (s.f). Recuperado el 27 de 08 de 2017, de <http://www.ccffaa.mil.pe/menuCCFFAA/historia.htm>

En Perú. (s.f). Recuperado el 27 de 08 de 2017, de <http://www.enperu.org/peru-informacion-general-fuerza-armas-y-seguridad.html>